

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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



2006/A



TRIBUNAL SUPERIOR
DE **JUSTICIA**
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



www.tsjbaires.gov.ar



@TSJBaires



tsjbaires

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

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Constitución y justicia : fallos del Tribunal Superior de Justicia de la
Ciudad de Buenos Aires. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
2019. (vol. VIII - 2006/A)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-001-5

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

Compilación anónima



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

PRESIDENTE

Dr. Maier, Julio B. J.

VICEPRESIDENTE

Dr. Casás, José O.

JUECES

Dra. Conde, Ana María

Dr. Lozano, Luis F.

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS ORIGINARIOS

Dr. Saavedra, Heriberto

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS GENERALES

Dr. Perrone, José M.

SECRETARIO JUDICIAL
EN ASUNTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS Y TRIBUTARIOS

Dr. Said, José L.

SECRETARIA JUDICIAL
EN ASUNTOS PENALES, CONTRAVENCIONALES Y DE FALTAS

Dra. Beloff, Mary

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

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

VIII

2006/A

ÍNDICE

FALLOS

I	“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 - 16/1/2006	3
II	“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pronocin S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)’”	
	Expte. n° 4108/05 - 6/2/2006	5
III	“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Nonello S.R.L. s/ejecución de multa’”	
	Expte. n° 4237/05 - 8/2/2006	10
IV	“GCBA c/Kruptizky, Jaime s/ejecución de multa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”	
	Expte. n° 4231/05 - 8/2/2006	16
V	“Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción”	
	Expte. n° 912-01/01 - 8/2/2006	21
VI	“La Escalera Norte S.A. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido”	
	Expte. n° 4076/05 - 8/2/2006	23
VII	“Tecno Latina S.R.L. s/queja por recurso extraordinario, denegado, en: ‘GCBA c/Tecno Latina S.R.L. s/ejecución fiscal’”	
	Expte. n° 4346/05 - 8/2/2006	38

XII

VIII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis, párr. 3°, C.P.’”</i>	
	Expte. n° 4170/05 - 10/2/2006	39
IX	<i>“Locales Altos en Puerto Madero s/inf. art. 83 del Cód. Contrav. s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”</i>	
	Expte n° 4571/06 - 15/2/2006	46
X	<i>“Locales Altos en Puerto Madero s/inf. art. 83 del Cód. Contrav. s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”</i>	
	Expte. n° 4571/06 - 16/2/2006	49
XI	<i>“Gómez, José Camilo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gómez, José Camilo y otros c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277 CCyT)’”</i>	
	Expte. n° 4318/05 - 17/2/2006	52
XII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Mosquera, Cándido Francisco s/ejecución de multa’”</i>	
	Expte. n° 4230/05 - 20/2/2006	57
XIII	<i>“Arovi, Elvira Petrona s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Arovi, Elvira Petrona c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”</i>	
	Expte. n° 3993/05 - 21/2/2006	61
XIV	<i>“Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4143/05: “Sound Garaje S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 4229/05 - 22/2/2006	64
XV	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3°, C.P. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4169/05 - 22/2/2006	76

XVI	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Tosto, José Néstor s/inf. art. 189 bis del C.P.’”</i>	
	Expte. n° 4178/05 - 22/2/2006	85
XVII	<i>“Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos”, y acumulados</i>	
	Expte. n° 3764/05 - 22/2/2006	94
XVIII	<i>“GCBA c/Class Time S.A. s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 4511/05 - 22/2/2006	96
XIX	<i>“Viajes ATI S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido”</i>	
	Expte. n° 3918/05 - 22/2/2006	99
XX	<i>“OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista, Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo’”</i>	
	Expte. n° 4160/05 - 22/2/2006	101
XXI	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gómez, Elías Martín s/art. 39, Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4085/05 - 1°/3/2006	111
XXII	<i>“Sauret, Diego Baltasar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sauret, Diego Baltasar s/circular a mayor velocidad’”</i>	
	Expte. n° 4168/05 - 1°/3/2006	115
XXIII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bártulos, Alicia Norma y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, agregado al expte. n° 510/00 del registro del fuero en lo contencioso administrativo y tributario</i>	
	Expte. n° 3982/05 - 1°/3/2006	116
XXIV	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oteiza, Elsa Beatriz c/GCBA s/cobro de pesos’”, agregado al expte. n° 2563/00 del registro del fuero en lo contencioso administrativo y tributario</i>	
	Expte. n° 4000/05 - 1°/3/2006	122

XIV

XXV	<i>“Latinoconsult S.A. - Proel Sudamericana S.A. - Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros recursos judiciales c/Res. Pers. Públicas no estatales s/recurso de apelación ordinario concedido”, y su acumulado expte. n° 4023/05 “Latinoconsult S.A. - Proel Sudamericana S.A. - Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Latinoconsult S.A. - Proel Sudamericana S.A. - Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros recursos judiciales c/res. pers. públicas no estatales’”</i>	
	Expte. n° 4100/05 - 1°/3/2006	128
XXVI	<i>“Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)’”</i>	
	Expte. n° 4087/05 - 1°/3/2006	139
XXVII	<i>“GCBA c/Lorea, Matías Sebastián s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 4518/06 - 1°/3/2006	147
XXVIII	<i>“Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal’”</i>	
	Expte. n° 3965/05 - 3/3/2006	150
XXIX	<i>“Locales Altos en Puerto Madero s/inf. art. 83, Cód. Contrav. s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”</i>	
	Expte. n° 4571/06 - 7/3/2006	162
XXX	<i>“Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317, CABA por presunta infracción art. 54, Cód. Contrav. s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 4498/05 - 13/3/2006	165
XXXI	<i>“Sociedad de Estado Casa de Moneda s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ejecución fiscal - plan de facilidades’”</i>	
	Expte. n° 4261/05 - 15/3/2006	172
XXXII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4328/05 - 15/3/2006	176

	XV
XXXIII “General Tomás Guido S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Gral. Tomás Guido S.A. s/inf: violar luz roja y otras —apelación’”	
Expte. n° 4080/05 - 15/3/2006	179
XXXIV “Baigorria, Beatriz Mercedes y otros c/GCBA s/amparo sobre electoral y otros”	
Expte. n° 4547/06 - 15/3/2006	186
XXXV “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”	
Expte. n° 3881/05 - 15/3/2006	191
XXXVI “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1°, 2°, 3° y 4° s/conflicto de competencia”	
Expte. n° 4514/06 - 15/3/2006	218
XXXVII “Echegaray, Patricio y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”	
Expte. n° 4286/05 - 15/3/2006	230
XXXVIII “Arcos Dorados S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Arcos Dorados S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”	
Expte. n° 4262/05 - 15/3/2006	240
XXXIX “Garaventa, Liliana Dora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Garaventa, Liliana Dora c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/despido’”	
Expte. n° 4180/05 - 15/3/2006	247
XL “Campbell, Colin Munro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Campbell, Colin Munro s/ejecución fiscal —Ingresos Brutos’”	
Expte. n° 4093/05 - 15/3/2006	264
XLI “Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)’”	
Expte. n° 4087/05 - 22/3/2006	268
XLII “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° 4066/05 - 22/3/2006	274

XVI

XLIII	<i>“R., N. B. y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘R., N. B. y otro c/GCBA s/responsabilidad médica’”</i>	
	Expte. n° 4246/05 - 22/3/2006	281
XLIV	<i>“Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales’”</i>	
	Expte. n° 4263/05 - 22/3/2006	301
XLV	<i>“Busso, Ricardo Mario c/Consejo de la Magistratura - Junta Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”</i>	
	Expte. n° 4576/06 - 22/3/2006	307
XLVI	<i>“Viale, Enrique Matías y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 4353/05 - 23/3/2006	308
XLVII	<i>“Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa”</i>	
	Expte. n° 3944/05 - 23/3/2006	310
XLVIII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, agregado al expte. n° 1820/01 del registro del fuero en lo contencioso administrativo y tributario</i>	
	Expte. n° 4075/05 - 29/3/2006	316
XLIX	<i>“Jachik SACyF s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Jachik S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)’”</i>	
	Expte. n° 4086/05 - 29/3/2006	323
L	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Leiva Quijano, Lita Elsa s/venta ambulante sin permiso —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4054/05 - 29/3/2006	326

LI	<i>“May Zubiría, Diego s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Causa n° 2818-D/04 y agregados, de la Comisión Investigadora de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’”</i>	
	Expte. n° 4032/05 - 29/3/2006	331
LII	<i>“Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art.14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado, expte. n° 4268/05 “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Di Cuffa, Edda c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 4274/05 - 29/3/2006	334
LIII	<i>“Martínez y De La Fuente S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez y De La Fuente S.A. c/GCBA s/nulidad de acto administrativo’”</i>	
	Expte. n° 3778/05 - 29/3/2006	343
LIV	<i>“Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Colegio de Escribanos. Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s/inspección protocolo año 2001’”</i>	
	Expte. n° 4291/05 - 3/4/2006	344
LV	<i>“Álvarez, Eduardo Jorge c/Poder Legislativo Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/incidente civil s/SAO —otros”</i>	
	Expte. n° 4598/06 - 4/4/2006	352
LVI	<i>“Philips Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Philips Argentina S.A. de Lámparas Eléctricas y Radio c/GCBA (Hospital General de Agudos Juan A. Fernández) y otros s/cobro de pesos’”</i>	
	Expte. n° 4283/05 - 4/4/2006	355
LVII	<i>“Giordano, Graciela c/OSCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado, expte. n° 4269/05, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Giordano, Graciela c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 4292/05 - 4/4/2006	360

XVIII

LVIII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56 Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4170/05 - 5/4/2006	369
LIX	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mancuso, Marcela Lidia c/GCBA —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4106/05 - 5/4/2006	373
LX	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis, párr. 3°, del C.P.’”</i>	
	Expte. n° 4170/05 - 5/4/2006	377
LXI	<i>“Cooperativa de Trabajo Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘NN (Avda. Callao 346/360) Hotel Bauen s/infracción art. 73, Cód. Contrav.’”</i>	
	Expte. n° 4171/05 - 5/4/2006	381
LXII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Carballo, Jonathan Fabián s/inf. art. 189 bis, párr. 3°, C.P. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4290/05 - 11/4/2006	395
LXIII	<i>“Fernández, Marcelo Fernando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4309/05 - 19/4/2006	397
LXIV	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3°, C.P. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4169/05 - 19/4/2006	409
LXV	<i>“Incidente de prescripción en autos ‘Martínez, Alfredo Luis s/ley 255 —apelación—, recurso de inconstitucionalidad concedido’”</i>	
	Expte. n° 4185/05 - 19/4/2006	415

LXVI	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Tosto, José Néstor s/inf. art. 189 bis del C.P.’”</i>	
	Expte. n° 4178/05 - 26/4/2006	419
LXVII	<i>“Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 4681/06 - 26/4/2006	424
LXVIII	<i>“Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Arpol S.A. c/GCBA y otro s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 4267/05 - 26/4/2006	426
LXIX	<i>“Carballo, Héctor Fernando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Carballo, Héctor Fernando c/GCBA s/medida cautelar’”</i>	
	Expte. n° 4311/05 - 26/4/2006	431
LXX	<i>“Moncada, Ana Clara y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4339/05 - 26/4/2006	439
LXXI	<i>“B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”</i>	
	Expte. n° 4245/05 - 26/4/2006	441
LXXII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Luraschi, Carlos Alejandro s/inf. art. 38, Cód. Contrav.’”</i>	
	Expte. n° 4355/05 - 3/5/2006	458
LXXIII	<i>“UACF n° 24 s/solicitud de allanamiento en la calle Velazco 996 (hotel) (incidente de competencia) s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. 4644/06 - 3/5/2006	461
LXXIV	<i>“Jefatura de GCBA c/Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes”</i>	
	Expte. n° 4133/05 - 3/5/2006	466

XX

LXXV	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mapfre Argentina Seguros S.A. c/GCBA s/otros procesos indicenciales en Mapfre Argentina Seguros S.A. s/impugnación de actos administrativos’”, y su acumulado expte. n° 4297/05, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Mapfre Argentina Seguros S.A. s/ejecución fiscal’”</i>	
	Expte. n° 4344/05 - 3/5/2006	468
LXXVI	<i>“Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y sus acumulados expte. n° 4300/05, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica’”, y expte. n° 4301/05, “Del Cerro Naón, Juan Pedro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica’”</i>	
	Expte. n° 4314/05 - 3/5/2006	474
LXXVII	<i>“Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)’”</i>	
	Expte. n° 4087/05 - 10/5/2006	494
LXXVIII	<i>“Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4143/05, “Sound Garaje S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 4229/05 - 10/5/2006	498
LXXIX	<i>“La Escalera Norte S.A. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido”</i>	
	Expte. n° 4076/05 - 10/5/2006	504
LXXX	<i>“Latinoconsult S.A. - Proel Sudamericana S.A. - Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros recursos judiciales c/res. pers. públicas no estatales s/recurso de apelación ordinario concedido”, y su acumulado expte. n° 4023/05, “Latinoconsult S.A. - Proel Sudamericana S.A. - Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Latinoconsult S.A. - Proel Sudamericana S.A. - Arinsa S.A. (Unión Transito-</i>	

	<i>ria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros recursos judiciales c/res. pers. públicas no estatales”</i>	
	Expte. n° 4100/05 - 10/5/2006	507
LXXXI	<i>“OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo”</i>	
	Expte. n° 4160/05 - 10/5/2006	510
LXXXII	<i>“Lamartine S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lamartine S.A. c/GCBA —DGR— s/impugnación de actos administrativos”</i>	
	Expte. n° 4347/05 - 23/5/2006	513
LXXXIII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Panza, Angel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”</i>	
	Expte. n° 4270/05 - 23/5/2006	521
LXXXIV	<i>“Garaventa, Liliana Dora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Garaventa, Liliana Dora c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/despido”</i>	
	Expte. n° 4180/05 - 31/5/2006	543
LXXXV	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)”</i>	
	Expte. n° 4304/05 - 31/5/2006	547
LXXXVI	<i>“Calderaro, Julieta Melisa c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4366/05 - 6/6/2006	560
LXXXVII	<i>“Signes, Hugo Raúl c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4448/05 - 6/6/2006	562
LXXXVIII	<i>“Noval, Floreal Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4316/05 - 6/6/2006	565
LXXXIX	<i>“Coultas, Juan Domingo s/inf. arts. 83 y 84, Cód. Contrav. s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4451/05 - 6/6/2006	569

XXII

XC	<i>“Ziegler de Arcuri, Ana María c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado, expte. n° 4303/05 “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ziegler de Arcuri, Ana María c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14, CCBA)’”</i>	
	Expte. n° 4374/05 - 6/6/2006	584
XCI	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56, Cód. Contrav. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4302/05 - 6/6/2006	586
XCII	<i>“Tissot, Marta s/inf. art. 83, Cód. Contrav., ley 1472 —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4411/05, “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Tissot, Marta s/inf. art. 83 Cód. Contrav., ley 1472 —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4382/05 - 6/6/2006	590
XCIII	<i>“TEB S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘TEB S.R.L. s/falta de permiso de cartel —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4421/05 - 14/6/2006	607
XCIV	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Caria, Mario José s/expropiación’”</i>	
	Expte. n° 4350/05 - 14/6/2006	615
XCV	<i>“Ríos, Gerardo Ignacio y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4422/05 - 14/6/2006	619
XCVI	<i>“Naccheri, Ana María y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4390/05 - 14/6/2006	621
XCVII	<i>“Maida Bertelegni, Vanesa Giselle c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4394/05 - 14/6/2006	629

XCVIII	<i>“Gertzentein, Mario c/GCBA s/daños y perjuicios (resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4555/06 - 14/6/2006	631
XCIX	<i>“Ormanoglou de Blum, Alicia c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4575/06 - 14/6/2006	633
C	<i>“Fernández, Andrea Paula y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4391/05 - 14/6/2006	636
CI	<i>“Franova Sociedad Anónima c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido”</i>	
	Expte. n° 4317/05 - 14/6/2006	638
CII	<i>“Acevedo, Mariano c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4449/05 - 15/6/2006	656
CIII	<i>“Franzini, Ana María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4554/06 - 15/6/2006	659
CIV	<i>“Calista, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Comisión Municipal de la Vivienda c/Jorge, Miguel Ángel y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”</i>	
	Expte. n° 4354/04 - 21/6/2006	662
CV	<i>“Iazurlo, Silvina Alejandra y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4392/05 - 21/6/2006	667
CVI	<i>“Titoy, María Agustina y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4393/05 - 21/6/2006	669

XXIV

CVII	<i>“Aulesa, Élida Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Aulesa, Élida Beatriz c/GCBA —Secretaría de Educación— s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 4410/05 - 21/6/2006	671
CVIII	<i>“Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal’”</i>	
	Expte. n° 4426/05 - 21/6/2006	677
CIX	<i>“Cano, Osvaldo Rodolfo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cano, Osvaldo Rodolfo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 4368/05 - 21/6/2006	683
CX	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘SVA SACIFI c/GCBA s/otros procesos incidentales’ en ‘SVA SACIFI c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 4409/05 - 21/6/2006	696
CXI	<i>“Promociones Publicit s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”</i>	
	Expte. n° 4758/06 - 21/6/2006	701
CXII	<i>“Gianelli, Gerardo Juan c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4569/06 - 26/6/2006	702
CXIII	<i>“Estevez, Johanna c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4570/06 - 26/6/2006	704
CXIV	<i>“Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 4681/06 - 26/6/2006	706
CXV	<i>“Mazzucco, Paula Virginia y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mazzucco, Paula Virginia y otro c/GCBA s/otros procesos incidentales’ en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otro c/GCBA s/amparo’”</i>	
	Expte. n° 4343/05 - 27/6/2006	716

CXVI	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Soto, Pablo José c/GCBA s/daños y perjuicios’”</i>	
	Expte. n° 4345/05 - 5/7/2006	730
CXVII	<i>“Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)’”</i>	
	Expte. n° 4412/05 - 5/7/2006	749
CXVIII	<i>“R., N. B. y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘R., N. B. y otro c/GCBA s/responsabilidad médica’”</i>	
	Expte. n° 4246/05 - 5/7/2006	757
CXIX	<i>“GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado, en: ‘Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, y su acumulado expte. n° 4550/06, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 4272/05 - 5/7/2006	763
CXX	<i>“Farini de Parisi, María Estela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farini de Parisi, María Estela c/GCBA s/daños y perjuicios’”</i>	
	Expte. n° 4548/06 - 5/7/2006	769
CXXI	<i>“Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario, denegado, en: ‘Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales’”</i>	
	Expte. n° 4313/05 - 5/7/2006	775
CXXII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, agregado al expte. n° expte. 1012/00 del registro del fuero en lo contencioso administrativo y tributario”</i>	
	Expte. n° 4270/05 - 5/7/2006	778
CXXIII	<i>“GCBA c/Martínez Bocanegra, Jorge Jesús s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 4743/06 - 12/7/2006	780

XXVI

CXXIV	<i>“GCBA c/Álvarez, Adrián Alberto s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 4742/06 - 12/7/2006	783
CXXV	<i>“GCBA c/Guzmán, Elías Argentino s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. n° 4741/06 - 12/7/2006	786
CXXVI	<i>“GCBA c/señor propietario de la calle Castañares 2493 s/otros procesos incidentales s/conflicto de competencia”</i>	
	Expte. 4710/06 - 12/7/2006	789
CXXVII	<i>“Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 4627/06 - 12/7/2006	793
CXXVIII	<i>“Schiavo, Gustavo Rodolfo c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”</i>	
	Expte. n° 4607/06 - 12/7/2006	795
CXXIX	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Radio Victoria Fueguina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 4539/06 - 12/7/2006	797
CXXX	<i>“Reale, Ernesto Osvaldo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Reale, Ernesto Osvaldo c/GCBA s/impugnación actos administrativos’”</i>	
	Expte. n° 4549/06 - 12/7/2006	800
CXXXI	<i>“Gambacorta, Mario Luis c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”</i>	
	Expte. n° 4775/06 - 13/7/2006	806
CXXXII	<i>“Banco Macro Bansud S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Banco Bansud Grupo Macro c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de apelaciones’”</i>	
	Expte. n° 4512/05 - 19/7/2006	812
CXXXIII	<i>“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Delta Corner S.A. c/GCBA (DGR) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”</i>	
	Expte. n° 1653/02 - 19/7/2006	819

CXXXIV	<i>“Bullorini, Jorge Luis y otro c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4587/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”</i>	
	Expte. n° 4592/06 - 19/7/2006	820
CXXXV	<i>“Ibarra, Aníbal s/queja por retardo de justicia”, en: “Ibarra, Aníbal s/juicio político”</i>	
	Expte. n° 4824/06 - 19/7/2006	823
CXXXVI	<i>“Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4602/05, “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación’”</i>	
	Expte. n° 4603/05 - 19/7/2006	825
CXXXVII	<i>“Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Herrero, Nelly Olga s/inf. arts. 40 y 41, Cód. Contrav.’”</i>	
	Expte. n° 4626/06 - 19/7/2006	863
CXXXVIII	<i>“Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Boyacá S.A. c/Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/daños y perjuicios’”</i>	
	Expte. n° 4397/05 - 19/7/2006	878
CXXXIX	<i>“Ibarra, Aníbal s/queja por retardo de justicia, en: ‘Ibarra, Aníbal s/juicio político’”</i>	
	Expte. n° 4824/06 - 20/7/2006	889
CXL	<i>“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”</i>	
	Expte. n° 4172/05 - 9/8/2006	891

ÍNDICE TEMÁTICO*

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

- Acceso a la información pública, 191
- Acta de audiencia de juicio, 191
- Acumulación, 1202
- Admisibilidad, 191, 230, 308, 424, 706, 793, 1209, 1493, 1499
- Alcance, 191
- Aplicación de la garantía de la doble instancia en el proceso penal, 891
- Atribución de la Legislatura, 706
- Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 891
- CASSABA, 1202, 1499
- Categoría sospechosa empleada por el legislador, 891
- Código Contravencional, 230
- Competencia originaria del TSJBA, 891
- Confiscatoriedad, 1499
- Control abstracto de constitucionalidad, 191, 706
- Control difuso, 706
- Cosa juzgada administrativa y judicial, 891
- Creación de un tribunal *ad hoc*, 891
- Cuestión constitucional, 1493
- Cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia ajenas al control judicial, 891
- Delegación del Estado, 891
- Derecho al recurso, 891
- Derecho de obtener revisión amplia de la sentencia de condena, 191
- Derecho de propiedad, 1499
- Derecho de ser juzgado por un tribunal imparcial, 191
- Derecho de trabajar, 1499
- Derogación de una norma de la CCBA y de una norma federal de alcance local, 230
- Discriminación entre nacionales y extranjeros, 891
- Duda razonable respecto de su procedencia, 793
- Economía procesal, 1202
- Ejercicio de la actividad notarial, 891
- Escribano, 891
- Facultades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para regular materia contravencional, 230
- Facultades de la Legislatura local, 1499
- Función fedataria, 891
- Función pública, 891
- Igualdad en materia de derechos civiles, 891
- Imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de la CCBA, 1499
- Incompatibilidades y deberes de los escribanos, 891

* Tomos 2006/A y 2006/B.

XXX

Interpretación dinámica de la Constitución, 891

Intervención de la Legislatura, 1209

Inversión de la carga justificatoria en cabeza del Estado, 891

Juzgamiento de la responsabilidad disciplinaria, 891

Lectura, 191

Legitimación, 891

Ley Orgánica de Comunas, 1493

Libre circulación de la fe pública, 891

Medida cautelar, 424

Naturaleza de la sanción notarial, 891

Naturaleza del TSN, 891

Norma de carácter general, 706, 793, 1209

Orden público, 891

Participación de los interesados, 191

Presunción de ilegitimidad de la norma, 891

Presupuesto, 1493

Pretensión de obtener un pronunciamiento judicial individual, 706

Principio de división de poderes, 891

Principio de igualdad, 1499

Procedimiento de doble lectura, 308

Profesión liberal, 891

Proyección sobre el proceso disciplinario notarial, 891

Publicidad en el *BOCBA*, 1499

Razonabilidad, 891

Régimen de reincidencia, 230

Reglamento Orgánico de los Institutos de Formación Técnica Superior, 706

Relatividad de los derechos constitucionalmente reconocidos, 891

Requisitos, 191, 706, 793, 891

Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires, 706

Sentencias interpretativas y aditivas, 191

Servicio de televisión por cable, 793

Sustancialidad de los actos consignados, 191

Sustitución del Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario, 706

Transferencia de inmuebles de dominio privado, 1209

Trato discriminatorio hacia los abogados, 1499

Tribunal administrativo con funciones jurisdiccionales, 891

Tutela jurisdiccional efectiva, 891

Versión completa del debate, 191

AMPARO

Competencia del TSJBA, 307

Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, 307

Designación de consejero por el estamento de los abogados, 307

Medida cautelar, 307

Peligro en la demora, 307

AUDIENCIA PÚBLICA

Asistente oficioso, 1122

Citación, 1122

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Deficiente situación económica, 1831

Destitución, 1831

Suspensión preventiva en el ejercicio profesional, 1831

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario, 780, 783, 786

Competencia del fuero contravencional y de faltas, 218, 461, 789

Control de calidad ambiental, 165

Ejecución, 780, 783, 786

Ejecución de acto administrativo, 165, 218

Ejecución fiscal, 96, 147
 Fuero contencioso administrativo y tributario, 96, 147, 165
 Infracción al régimen de faltas, 461, 789
 Juez que previno, 147, 218
 Justicia Municipal y de Faltas, 147
 Materia contravencional, 165
 Multa, 96, 147, 780, 783, 786
 Obstrucciones al procedimiento de inspección, 461, 789
 Orden de allanamiento, 165, 218, 461, 789
 Poder de policía, 165, 218
 Tutela judicial efectiva, 96
 Unidad Administrativa de Control de Faltas, 461, 789
 Verificación y control de faltas, 218

CUESTIÓN DE SUPERINTENDENCIA

Amparo, 1423
 Asignación de un expediente, 1423
 Atribuciones de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, 1423
 Desacuerdo entre las salas de la Cámara, 1423
 Privación de justicia, 1423
 Reglamento Provisorio de Iniciación y Asignación de Expedientes del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario, 1423

FALTAS GRAVES

Autorización de escrituras en período de licencia, 1903
 Cumplimiento tardío de deberes fiscales, 1903
 Delegación de funciones, 1903
 Derecho de trabajar, 1903
 Derecho de propiedad, 1903
 Extravío de folio en más de una oportunidad, 1903

Omisión de inscripción de los actos instrumentados, 1903
 Perjuicio a terceros, 1903
 Sanción de suspensión, 1903
 Utilización de certificados vencidos, 1903

IRREGULARIDADES PROTOCOLARES

Actitud desaprensiva en la elección y vigilancia del personal de la escribanía, 1861
 Condena en sede penal por el delito de defraudación por administración fraudulenta, 1891
 Delegación de la función notarial, 1861, 1891
 Falta de ingreso e ingreso tardío de retenciones practicadas en forma reiterada, 1861
 Falta del deber de cuidado en el manejo del protocolo, 1891
 Inhabilitación especial para ejercer la profesión de escribano, 1891
 Obrar ilícito de la empleada de la escribanía, 1861
 Perjuicio a terceros, 1891
 Problemas de índole personal, 1891
 Sanción de destitución, 1891
 Sanción de suspensión, 1861
 Subsanción posterior, 1891

JUICIO POLÍTICO

Archivo de actuaciones, 466
 Renuncia, 466
 Síndica general de la Ciudad de Buenos Aires, 466

OMISIÓN DE RETENCIÓN Y DE PAGO DE IMPUESTOS

Causa penal promovida por la Dirección de Rentas de la provincia de Buenos Aires, 1909
 Incautación del protocolo notarial, 1909
 Pago del impuesto de sellos retenido con comprobantes apócrifos, 1909

XXXII

Sanción de destitución, 1909

Suspensión preventiva, 1909

PEDIDO DE DESTITUCIÓN

Hechos controvertidos y conducentes, 1877

Ofrecimiento de prueba, 1877

Oposición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 1877

RECURSO DE ACLARATORIA

Admisibilidad, 49

Procedencia del recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia ante el TSJBA, 49

Vigencia de la medida cautelar concedida con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo, 778

RECURSO DE APELACIÓN

Actitud desaprensiva en la elección y vigilancia del personal de la escribanía, 1855

Admisibilidad, 775

Afectación de intereses de terceros, 1866

Antecedentes disciplinarios, 1866

Aplicación de la figura de delito continuado, 1855

Delegación de funciones, 1855

Falta de ingreso de tributos, 1855

Incumplimiento de deberes fiscales, 1855, 1866

Incumplimiento de normas del derecho de fondo, 1855, 1866

Interposición del recurso de inconstitucionalidad en tiempo y forma, 775

Obrar ilícito de la empleada de la escribanía, 1855

Oficina común de los empleados de las mesas de entradas de las Salas de la Cámara, 775

Principio de *ne bis in idem*, 1855

Principios generales del derecho penal, 1855

Recepción del escrito por funcionarios de otra Sala, 775

Reconocimiento de las observaciones detectadas en la inspección notarial, 1875

Recurso de queja, 775

Responsabilidad disciplinaria, 1855

Sanción de suspensión, 1855, 1866, 1875

Subsanación de observaciones con posterioridad a la inspección, 1855

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Acto jurisdiccional válido, 1052

Acuerdo conciliatorio, 1510

Acreditación de un gravamen actual y concreto, 1149

Admisibilidad, 16, 397, 439, 474, 560, 562, 569, 619, 629, 631, 633, 636, 656, 659, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1591, 1645, 1680, 1682, 1731, 1753

Amparo, 1149, 1355

Antecedentes penales, 397

Arbitrariedad, 474, 560, 562, 590, 619, 629, 631, 636, 656, 659, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1149, 1680, 1731

Audiencia pública, 1645

Autolimitación de los jueces, 1645

Autonomía local, 439, 560, 619, 629, 636, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1355

Autorización concurrente de Lotería Nacional, 1355

Base de liquidación del rubro antigüedad, 1731

Carácter remuneratorio, 1731

Carrera administrativa de los agentes públicos de planta permanente, 1591

Carrera de Profesionales de la Secretaría de Desarrollo Social, 1682

- Caso constitucional, 16, 439, 474, 560, 562, 619, 629, 631, 633, 636, 656, 659, 667, 669, 702, 704, 820, 1052, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1149, 1591, 1645, 1680, 1731
- Clausura de casino, 1355
- Cobrador fiscal, 562, 631, 633, 656, 659
- Código Contencioso Administrativo y Tributario, 16
- Concurso público, 1682
- Condena ejecutoriada, 1753
- Conflicto internormativo, 1149
- Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, 439, 560, 619, 629, 636, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1680
- Constitucionalidad del convenio celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires, 1355
- Construcción de hospital, 1149
- Construcción de viviendas en espacios verdes, 1645
- Control judicial de constitucionalidad, 1355
- Cuestión abstracta, 565, 621
- Cuestiones de hecho y de prueba, 474, 562, 631, 633, 656, 659, 1149
- Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia ajenas a la función judicial, 1149
- Cumplimiento transitorio de funciones como primera bailarina del Ballet Estable del Teatro Colón, 1591
- Debido proceso, 1149
- Declaración de oficio, 16
- Derecho a gozar de un ambiente sano, 1645
- Derecho a la salud, 1149
- Derecho a la vivienda, 1052
- Derecho al cobro del suplemento salarial, 1591
- Derecho común, 1149
- Derecho de defensa, 562, 565, 569, 631, 633, 656, 659, 1149, 1682
- Derecho de propiedad, 1682
- Derecho local, 1753
- Derechos prestacionales, 1052
- Derechos sociales, 1052
- Derogación tácita de la ley anterior por ley posterior, 1149
- Efectos no suspensivos del curso del proceso durante su trámite, 1753
- Ejercicio de facultades administrativas por parte del Poder Judicial, 1645
- Empleo público, 1591, 1682
- Error de diagnóstico, 474
- Error de procedimiento, 1149
- Escala salarial, 439, 560, 619, 629, 636, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1680
- Escalafón, 439, 560, 619, 629, 636, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1680, 1682
- Estatuto del Personal Docente, 1731
- Exceso de jurisdicción en perjuicio de la parte recurrente, 397
- Explotación y comercialización de juegos de azar, 1355
- Extinción del proceso, 1510
- Facultades reservadas al Estado federal, 1355
- Faltas administrativas, 16
- Fallecimiento por *mala praxis*, 474
- Garantía de la doble instancia, 569, 590
- Garantía de los intereses federales, 1355
- Gravamen irreparable, 16
- Gravedad institucional, 474
- Homologación judicial, 1510
- Igual remuneración por igual tarea, 1591, 1682
- Inconstitucionalidad, 590

XXXIV

- Incorporación a planta permanente, 1682
- Interposición extemporánea, 1355
- Interpretación de la norma, 397
- Interpretación de normas contravencionales, 1753
- Interpretación de normas infraconstitucionales, 1591
- Intervención de la CSJN por vía extraordinaria, 1753
- Intervención en el proceso como tercero voluntario, 1355
- Invocación genérica de garantías constitucionales, 474, 562, 569, 621, 631, 633, 656, 659, 1645
- Juicio ejecutivo, 16
- Ley de Garantía de los Intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, 1355
- Límites del Poder Judicial, 1052
- Liquidación y pago de diferencias salariales, 1682
- Materia contravencional, 1753
- Monto indemnizatorio, 474
- Multa, 16
- Negociación colectiva, 1682
- Normas infraconstitucionales, 562, 631, 633, 656, 659
- Nulidad del acto administrativo, 1645
- Obligatoriedad de la evaluación de impacto ambiental, 1645
- Omisión de convocatoria a concurso público abierto, 1591
- Omisión de los deberes del Estado local como empleador, 1591
- PIDESC, 1052
- Poder de policía local, 1355
- Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 439, 560, 629, 636, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1680
- Prescripción, 16, 1753
- Presupuesto, 560, 619, 629, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1680
- Principio de contradicción, 1149
- Principio de congruencia, 562, 565, 631, 633, 656, 659
- Principio de división de poderes, 1052, 1149, 1355, 1645
- Principio de igualdad, 1591, 1682
- Principio de inocencia, 590
- Principio de lealtad federal, 1355
- Principio de *ne bis in idem*, 590
- Principio *in dubio pro operario*, 1731
- Principio protectorio, 1591
- Principios del derecho penal, 16
- Proceso contravencional, 590
- Programas sociales de carácter habitacional, 565, 621, 1052
- Prohibición de *reformatio in peius*, 397
- Proyecto constructivo sujeto a categorización, 1645
- Razonabilidad, 397
- Recurso de queja, 590, 1753
- Reencasillamiento, 1682
- Remuneración, 439, 560, 619, 629, 636, 667, 669, 702, 704, 820, 1111, 1113, 1115, 1117, 1128, 1680
- Resolución denegatoria, 1753
- Responsabilidad médica, 474
- Revocación de la licencia profesional para conducir, 397
- Revocación de mandato, 562, 631, 633, 656, 659
- Salario, 1731
- Sentencia definitiva, 16, 1753
- Sentencia descalificada como acto judicial válido, 1645
- Suspensión de la licitación, 1645
- Venta ambulante, 590

RECURSO DE QUEJA

Acceso a la jurisdicción, 1806

Acceso a la justicia, 52, 139

Actividad de intermediación financiera, 1607

Acto jurisdiccional válido, 521

Adhesión al Sistema Integrado Nacional, 1267, 1283

Admisibilidad, 5, 10, 39, 57, 64, 76, 85, 101, 172, 240, 247, 264, 281, 334, 344, 355, 360, 369, 381, 426, 431, 441, 458, 468, 513, 521, 547, 584, 586, 662, 671, 677, 683, 696, 716, 749, 795, 797, 800, 878, 1017, 1106, 1175, 1470, 1511, 1564, 1623, 1642, 1668, 1693, 1743, 1796

Agravio de imposible reparación ulterior, 716, 1427, 1586

Amparo, 1130, 1668

Anticipos, 1607

Apariencia de buen derecho, 1123

Aplicación analógica del tipo contravencional, 369

Aplicación de la CADH, 1607

Aplicación de las disposiciones del Código Civil, 281

Aplicación de ley provincial, 1086

Aplicación retroactiva, 247, 1607

Aprobación ficta del pliego, 1668

Aprobación por la Legislatura con mayoría especial, 716

Arbitrariedad, 5, 10, 64, 334, 355, 360, 547, 584, 586, 607, 730, 769, 795, 797, 800, 812, 878, 1017, 1130, 1140, 1175, 1228, 1267, 1511, 1564, 1607, 1623, 1642, 1743, 1806

Autocontradicción, 730

Autonomía local, 795, 1187, 1228

Autonomía provincial, 1796

Autosuficiencia, 683

Banco, 812

Base de liquidación del rubro antigüedad, 547, 1511, 1564

Beneficio de litigar sin gastos, 39, 52, 76, 85, 139, 863, 1765, 1792

Bien jurídico protegido, 369

Bien jurídico tutelado, 1765

Buena fe, 1017

Caducidad de licencia de taxi, 1130

Carácter remuneratorio, 547, 1511, 1564

Carta Orgánica del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, 247

Caso constitucional, 10, 57, 64, 247, 281, 369, 513, 521, 547, 671, 683, 730, 769, 795, 800, 812, 863, 878, 1017, 1038, 1096, 1102, 1130, 1187, 1203, 1228, 1267, 1511, 1564, 1607, 1623, 1693, 1743, 1796

Causa contencioso-administrativa, 749

Cesantía, 1123, 1140

Cese administrativo, 671

Clausura, 64, 381

Cobranza de deudas fiscales en mora, 800

Código Contencioso Administrativo y Tributario, 10

Código de Planeamiento Urbano, 716

Colisión entre el régimen local de faltas y el derecho federal que regula el servicio postal, 1796

Comercialización de alimentos sin autorización, 1765

Compensación de saldos a favor del contribuyente, 1253, 1260

Competencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, 825

Competencia de la jurisdicción local, 360

Competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario, 749

Competencia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 101

Competencia desleal, 1765

XXXVI

- Competencia transitoria de la Superintendencia notarial, 344
- Condonación, 513, 797
- Consejo de la Magistratura, 795, 1315
- Consolidación de deuda, 1086
- Constancia de las declaraciones testimoniales, 863
- Constitucionalidad de la declaración de reincidencia, 825
- Constitucionalidad de la agravante, 825
- Construcción y ampliación de línea de subterráneos, 1187
- Contribución de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, de Pavimentos y Aceras, 5
- Contribuciones sobre la propiedad inmueble, 1017
- Control judicial, 1140, 1743
- Correo, 1796
- Cosa juzgada administrativa, 513
- Criterios interpretativos de la DGR, 1607
- Cuestión abstracta, 176, 395, 615
- Cuestión constitucional, 607, 615, 1765
- Cuestión de competencia, 1187
- Cuestión federal, 825
- Cuestión local, 1140
- Cuestión procesal, 1038, 1623
- Cuestiones de hecho y de prueba, 5, 64, 264, 355, 677, 769, 800, 812, 1017, 1203, 1342, 1607, 1743, 1765
- Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, 1267
- Daño patrimonial, 441
- Daños y perjuicios, 441
- Deber de informar, 812, 1017
- Deber del GCBA de depositar los aportes y contribuciones en la obra social, 1283
- Debido proceso, 1017, 1283
- Decisión emanada del tribunal superior de la causa, 797
- Declaración de incompetencia que sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, 1187
- Declaración de oficio, 10, 57, 176
- Decomiso, 1765
- Defectos de fundamentación, 878
- Defensor oficial, 39, 76, 85, 1765, 1806
- Denegación de justicia, 1623
- Denegación del fuero federal, 749, 1187
- Depósito, 38, 39, 52, 76, 85, 115, 139, 1467
- Derecho a gozar de un ambiente sano, 64
- Derecho a la estabilidad propia, 247
- Derecho a la revisión de la condena, 369
- Derecho a la salud, 64
- Derecho a la vivienda, 521, 1038
- Derecho a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable, 1675
- Derecho adquirido a la reincorporación, 247
- Derecho al recurso, 825, 863
- Derecho común, 64, 281, 677, 812
- Derecho de defensa., 64, 369, 586, 671, 683, 1038, 1623
- Derecho de elección, 101, 334, 360, 584, 1175, 1267, 1283, 1642
- Derecho de propiedad, a comerciar y ejercer industria lícita, 64, 247
- Derecho penal de autor y derecho penal de acto, 825
- Derecho procesal local, 863
- Derecho tributario interestadual, 1228
- Derechos prestacionales, 521
- Derechos sociales, 521
- Desalojo, 730
- Desistimiento, 1315, 1740, 1815
- Determinación de oficio sobre base cierta, 1607

- Determinación tributaria, 1017
- Doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, 863
- Dolo, 1017
- Efecto cancelatorio del pago, 1607
- Efectos de pago voluntario, 1315
- Efectos liberatorios y cancelatorios del pago de la obligación tributaria, 1017
- Ejecución fiscal, 172, 468, 677, 696, 1086, 1228, 1623
- Empleado bancario, 247
- Empleo público, 247, 1140, 1693
- Equiparación escalafonaria y salarial, 1315
- Error en la valuación anterior imputable al contribuyente, 1017
- Error material, 1038
- Escala salarial, 795
- Escalafón, 795
- Espectáculo deportivo, 369
- Estatuto del Personal del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, 247
- Estatuto del Personal Docente, 547, 1511, 1564
- Evasión, 1607
- Excepción al principio general del procedimiento de determinación de oficio, 1623
- Excepción de incompetencia, 749
- Excepciones de falta de legitimación pasiva, pago total y litispendencia, 172
- Excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva, 1187
- Excesivo rigor formal, 381
- Excusación del presidente del TSJBA, 1782
- Exención, 39, 76, 85, 139, 1342
- Exención de depósito, 1203, 1765, 1792, 1806
- Exención de pago, 1467
- Exhibición de fotografías en el debate, 863
- Exigibilidad, 1038
- Expropiación, 615
- Extemporaneidad, 381, 1102
- Extinción de la acción pública, 176
- Falta de fecha del título ejecutivo, 1228
- Falta de presentación de declaración jurada, 1623
- Faltas administrativas, 10, 57
- Fallecimiento por enfermedad contraída en hospital público, 441
- Fijación de la cédula en la puerta de acceso del domicilio constituido, 683
- Funcionario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 1315
- Fundamentación, 671, 677, 683, 716, 1130, 1203
- Garantía de la doble instancia, 369, 586, 825, 1607
- Garantía del debido proceso, 730, 1038
- Gastos generados por el tratamiento psicológico, 441
- Graduación de la sanción de multa, 812
- Gravamen de imposible reparación ulterior, 240
- Gravamen irreparable, 10, 57, 763, 1106, 1123, 1187
- Gravedad institucional, 5, 10, 64, 101, 360, 607
- Hipódromo provincial de San Isidro, 1228
- Hipótesis de incidencia tributaria, 1607
- Honorarios profesionales, 1086
- Hospital de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1743
- Imposibilidad de acceder al beneficio de la libertad condicional, 825
- Imposición de costas, 1668
- Impuesto sobre la venta de apuestas en agencias hípcas instaladas en la Ciudad de Buenos Aires, 1228

XXXVIII

- Impuesto sobre los Ingresos Brutos, 1607
- Impugnación del acto administrativo que impone multa, 797
- Incapacidad sobreviniente de los miembros del grupo familiar, 441
- Incorporación de la justicia civil al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, 344
- Indemnización, 247, 441, 730
- Inexistencia de deuda por reducción de alícuota, 1228
- Inexistencia de gravamen concreto y actual, 1668
- Inexistencia de un derecho subjetivo al uso del espacio público, 730
- Inexistencia de vías procesales ordinarias, 10
- Inexistencia manifiesta de deuda, 1623
- Ingreso, 115
- Inhabilidad de título, 1228
- Inmunidad del Estado nacional, 1796
- Inoperatividad de la norma, 1743
- Inscripción en el Registro de Obras Sociales, 1267
- Inspección ocular, 426
- Integración al sistema nacional, 101, 334, 360, 1175, 1642
- Intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires, 749
- Interferencia ilegítima del Poder Judicial, 381
- Interposición extemporánea, 301, 662, 1743
- Interpretación *contra legem*, 1342, 1675
- Interpretación de cuestiones de hecho y de derecho procesal, 1586
- Interpretación de la norma contravencional, 1765
- Interpretación de normas de derecho común, 1675
- Interpretación de normas de derecho procesal, 825, 1470
- Interpretación de normas infraconstitucionales, 39, 64, 76, 85, 513, 683, 1167, 1693, 1796
- Interpretación de normas locales, 5, 1693
- Interpretación *pro homine*, 1470
- Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales, 671, 863, 1017
- Intimación al contribuyente en forma previa a la emisión de la boleta de deuda, 1623
- Intimación de depósito, 1082
- Investigación penal preparatoria, 39, 76, 85
- Invocación genérica de garantías constitucionales, 5, 355, 513, 671, 683, 769, 800, 812, 878, 1267
- Jefe de GCBA, 1782
- Juez de primera instancia en lo contravencional y de faltas, 1668
- Juez natural, 749, 1187
- Juicio ejecutivo, 10, 57, 264
- Juicio político, 1782
- Legitimación del Ministerio Público Fiscal, 825
- Legitimidad del procedimiento administrativo, 1017
- Legitimidad sustantiva de la pretensión fiscal, 1228
- Ley de Contrato de Trabajo, 247
- Ley penal más benigna, 513
- Límites del Poder Judicial, 521
- Local bailable, 64
- Médico. Servicio de guardia, 1693
- Medida cautelar, 101, 240, 301, 431, 696, 763, 1106, 1123, 1137, 1253, 1260
- Medida para mejor proveer, 426
- Medida tendiente a ordenar la continuación del proceso, 1470
- Medidas adoptadas durante el trámite del proceso, 458, 1167, 1792

- Medidas adoptadas durante la prevención, 1765
- Mejoras no declaradas por el contribuyente, 1017
- Metrovías, 749
- Modificación del régimen de estabilidad, 247
- Monto comprometido en el proceso, 10
- Multa, 10, 57, 1607, 1765, 1796
- Multa ejecutoriada, 264, 696
- Multa no ejecutoriada, 468
- Multa por infracción al régimen de faltas, 431
- Naturaleza jurídica, 139
- Naturaleza penal de la multa, 513
- Necesidad de producir un debate de mayor amplitud, 1693
- Notificación del acto administrativo, 683
- Notificación al contribuyente, 1017
- Notificación de la fecha de audiencia, 863
- Nulidad de la convocatoria a juicio, 1203
- Nulidad de la convocatoria al debate, 863
- Nulidad de la detención, 825
- Nulidad de la notificación, 1102
- Nulidad del procedimiento judicial, 1765
- Nulidad del procedimiento policial, 1342, 1765
- Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, 101, 334, 360, 584, 1175, 1267, 1283, 1642
- Obrar diligente del amparista, 1693
- Oficial notificador, 683
- Omisión de ponderar el daño psicológico en forma autónoma, 441
- Omisión de reglamentación, 1267, 1743
- Oposición extemporánea de excepciones, 1623
- Pago del depósito, 825, 863, 1342
- Pago del salario efectuado sin reserva, 1315.
- Pago provisorio de impuestos vencidos, 1623
- Perjuicio de imposible reparación ulterior, 39, 76, 85, 1470, 1623, 1792, 1806
- Perjuicio ocasionado por la dilación del procedimiento ordinario, 1693
- Permiso de obra, 716
- Permiso de uso precario, 730
- Persona discapacitada, 730
- PIDESC, 521
- Plan de ahorro previo, 1607
- Plan Urbano y Ambiental, 716
- Planteo extemporáneo del caso constitucional, 1140
- Plazo de interposición, 381
- Plazo decenal de prescripción, 281
- Plazo quinquenal, 281
- Plazo razonable de duración, 39, 76, 85
- Poder de policía, 607, 730, 1796
- Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 795, 1267
- Política criminal, 825
- Ponderación de la anterior condena en caso de reincidencia, 825
- Porcentaje de participación del tributo entre jurisdicciones, 1228
- Portación de arma de uso civil sin autorización, 1806
- Posterior designación y posesión efectiva del cargo, 1668
- Potestad del Gobierno nacional, 1796
- Potestad tributaria de la jurisdicción donde se realizó la apuesta, 1228
- Prescripción, 10, 57
- Presentación extemporánea del recurso, 863
- Preservación del patrimonio natural, urbanístico y arquitectónico y de la calidad visual y sonora, 716
- Presupuesto, 795

XL

- Prevención de siniestros, 1796
- Principio acusatorio, 825
- Principio de congruencia, 64, 730, 1283, 1511, 1564, 1607
- Principio de culpabilidad, 825
- Principio de división de poderes, 521, 825, 1743
- Principio de equidad, 513
- Principio de igualdad, 281, 513, 825, 1140
- Principio de insignificancia o bagatela, 1765
- Principio de legalidad, 369, 1228, 1342, 1675
- Principio de lesividad, 369, 863
- Principio de *ne bis in idem*, 431, 825, 1470
- Principio de no contradicción, 1623
- Principio de preclusión, 1623
- Principio de realidad económica, 1607
- Principio de reserva de ley en materia tributaria, 1228
- Principio de territorialidad de las leyes, 1228
- Principio de tutela judicial efectiva, 683
- Principio *in dubio pro operario*, 547
- Principios del derecho penal, 10, 57
- Procedimiento de doble lectura, 716
- Programa de emergencia habitacional, 521
- Prohibición de *reformatio in peius*, 825, 1283
- Proporcionalidad de la sanción imputada, 825, 1140
- Protección contra el despido arbitrario, 247
- Proyección sobre la materia penal, 1607
- Prueba que permita equiparar una decisión a sentencia definitiva a cargo del recurrente, 240, 431, 1427
- Publicidad en la vía pública, 607
- Puesto gastronómico, 730
- Razonabilidad, 1765, 825
- Recurso de apelación, 825
- Recurso de inconstitucionalidad, 10, 57, 64, 101, 247, 334, 344, 360, 369, 381, 441, 584, 662, 683, 716, 730, 769, 795, 797, 825, 1140, 1175, 1315, 1470, 1511, 1564, 1607, 1668, 1693
- Recurso extraordinario federal, 586
- Recurso ordinario de apelación, 1123, 1427
- Rechazo de la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción, 1675
- Redistribución de funciones, 247
- Regularización de la situación previsional, 1511, 1564
- Remuneración, 795
- Reposición extemporánea, 1082
- Reposición *in extremis*, 1038
- Requisitos, 1096, 1342
- Requisitos para la procedencia de la acción de amparo, 1693
- Resarcimiento de daños y perjuicios, 749, 878, 1187
- Rescisión del permiso precario de uso de un puesto de feria, 431
- Resolución equiparable a definitiva, 1806
- Resolución que confirma el auto de prisión preventiva, 1806
- Responsabilidad contractual, 281
- Responsabilidad de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado, 878
- Responsabilidad del Estado por su actividad lícita, 878
- Responsabilidad extracontractual del Estado, 281
- Restitución del espacio público ocupado de hecho, 730
- Restricción de la libertad personal, 1806
- Revisión de la declaración de competencia, 1586
- Revocación de la suspensión del juicio, 1470
- Revocación de mandato, 800

Revocación de medida cautelar, 716
 Revocación del sobreseimiento del imputado, 1792
 Ruidos molestos, 64, 1187
 Salario, 547, 1511, 1564
 Salubridad e higiene, 64
 Salud pública, 1765
 Seguridad edilicia, 1796
 Sentencia absolutoria firme, 395
 Sentencia contradictoria, 878
 Sentencia definitiva, 10, 39, 57, 76, 85, 172, 240, 264, 301, 381, 426, 431, 458, 677, 696, 716, 763, 825, 863, 878, 1038, 1086, 1106, 1123, 1130, 1137, 1167, 1228, 1253, 1260, 1315, 1427, 1470, 1586, 1623, 1675, 1792, 1806
 Sentencia descalificada como acto jurisdiccional válido, 683
 Sentencia equiparable a definitiva, 749, 1187
 Servicio privado de salud, 281
 Supremacía constitucional, 825
 Suspensión de los efectos de la intimación de pago, 1253, 1260
 Suspensión del curso del proceso, 1348
 Suspensión del plazo para interponer el recurso de queja, 662
 Sustanciación de sumario previo, 671
 Tasa de justicia, 1096
 Tipicidad de la conducta punible, 1765
 Título ejecutivo, 1228
 Trabajadores en general, 247
 Tribunal superior de la causa, 381
 TSJBA, 334
 TSN, 334
 Valor disputado en último término, 1123, 1427
 Valoración de la prueba, 812
 Valuación retroactiva, 1017

Venta de mera subsistencia, 1765
 Vicios de procedimiento, 863
 Vinculación de los agravios con la sentencia de condena, 863

RECURSO DE QUEJA INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN FAVOR DEL IMPUTADO

Caso constitucional, 1217
 Cosa juzgada, 1217
 Debido proceso, 1217
 Menor de edad, 1217
 Nulidad de la sentencia que dispuso suspender el trámite del proceso, 1217
 Plazo razonable de la persecución penal, 1217
 Portación de arma de fuego de uso civil sin autorización, 1217
 Prescripción de la acción penal, 1217
 Principio de *ne bis in idem*, 1217
 Recurso de inconstitucionalidad, 1217
 Reenvío de la causa a un nuevo juez por renuncia del anterior, 1217
 Sentencia definitiva, 1217
 Sometimiento a un nuevo tratamiento tutelar, 1217
 Sustanciación de un nuevo juicio, 1217

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA

Archivo de las actuaciones, 1200
 Demora de la Sala Juzgadora de la Legislatura para resolver el recurso de inconstitucionalidad, 889
 Destitución, 823, 889, 1200
 Excusación del presidente del TSJBA, 823
 Jefe de GCBA, 823

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA

Admisibilidad, 46, 1165

XLII

Archivo de actuaciones, 701, 1741
Existencia de vías procesales, 46, 1171
Finalidad, 1171
Medida cautelar, 1171
Procedencia, 1171
Rechazo *in limine*, 1165
Restitución de bienes secuestrados, 46
TSJBA, 46

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Acción declarativa de
inconstitucionalidad, 1446
Acusación, 331
Admisibilidad, 3, 61, 99, 111, 116, 122,
150, 162, 179, 268, 310, 316, 323,
326, 331, 377, 409, 415, 419, 494,
504, 510, 543, 1120, 1177, 1211,
1293, 1297, 1331, 1336, 1350, 1484,
1488, 1520, 1522, 1529, 1556, 1561,
1715, 1720, 1725, 1921
Agravios no propuestos en el recurso de
queja, 111
Alcance de la sentencia, 1446
Aplicación a la materia contravencional,
1181
Aplicación de las disposiciones del
Código Civil, 150
Aplicación de normas locales, 116, 122,
1181, 1331, 1561, 1885
Aplicación de una ley provincial de
adhesión al régimen nacional de
consolidación de la deuda pública, 1440
Aplicación del derecho público local, 310
Aplicación retroactiva de la ley penal
más benigna, 111
Arbitrariedad, 61, 99, 116, 122, 150,
162, 268, 310, 316, 323, 326, 498,
504, 507, 510, 757, 1179, 1211, 1293,
1307, 1311, 1331, 1431, 1437, 1440,
1479, 1484, 1488, 1520, 1522, 1529,
1556, 1561, 1715, 1720, 1725, 1823,
1885, 1921

Ausencia de gravamen, 331
Autonomía local, 1181, 1331, 1823
Caso constitucional, 757, 1725
Caso federal, 1120
CEAMSE, 310
Cobro retroactivo del impuesto, 1479
Competencia del fuero federal, 1179
Cómputo del plazo de la acción
contravencional, 268
Conflicto internormativo, 1446
Consejo de la Magistratura de la Ciudad
de Buenos Aires, 331
Control abstracto de constitucionalidad,
1446
Crítica concreta de los fundamentos de
la sentencia cuestionada, 1715, 1720
Cuestión federal, 3, 61, 99, 111, 116,
122, 150, 179, 268, 310, 316, 323,
326, 377, 409, 419, 498, 510, 543,
757, 1177, 1179, 1181, 1211, 1293,
1307, 1350, 1440, 1484, 1488, 1520,
1522, 1529, 1556, 1561, 1715, 1720,
1784, 1823, 1921
Cuestión local, 373, 1479, 1885
Cuestión procesal, 1297
Cuestiones de hecho y de derecho
procesal, 1307, 1336, 1529
Cuestiones de hecho, 1177, 1885
Cuestiones de hecho y de prueba, 61,
268, 326, 1211, 1297, 1479, 1720
Decisión de un tribunal local que declara
improcedente un recurso de orden
local, 1434, 1437
Declaración de incompetencia del fuero
contencioso administrativo y
tributario, 3
Denegatoria de la competencia federal,
310, 1431
Depósito, 494
Derecho a ser juzgado en un plazo
razonable, 268, 377, 409, 419, 1484,
1488

- Derecho a una vivienda digna, 1350, 1484, 1488
- Derecho al recurso, 1181
- Derecho común, 1211, 1297, 1823
- Derecho de defensa, 1561
- Derecho de propiedad, 1885, 1921
- Derecho de trabajar, 1885, 1921
- Derecho local, 268, 274, 757
- Derecho público local, 3, 61, 323, 1431
- Derecho público tributario local, 99
- Devolución del expediente a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, 1484, 1488
- Diferencias de revalúo inmobiliario, 1479
- Disconformidad con la valoración de la prueba, 1885
- Docente, 116, 316
- Efectos cancelatorios del pago en materia tributaria, 1479
- Ejecución fiscal, 1311
- Estabilidad del empleado público, 1561
- Estado de necesidad, 326
- Excepción de prescripción en materia tributaria, 150
- Exceso ritual manifiesto, 1293, 1437
- Existencia de gravamen concreto, 1522
- Existencia de un agravio actual y concreto, 1181
- Expresión de agravios, 498, 1720
- Extemporaneidad, 415
- Fundamentación, 1120, 1297, 1311, 1331, 1529, 1720, 1725, 1885
- Garantía de la doble instancia, 1181
- Gravamen irreparable, 1311, 1484, 1488
- Gravedad institucional, 274, 498, 510, 1179, 1437, 1522, 1725, 1823
- Identidad con el proceso penal, 1181
- Inexistencia de conflicto intersubjetivo, 1446
- Inexistencia de cuestión federal, 1446
- Interposición extemporánea, 179, 1561
- Interpretación de normas contravencionales, 274
- Interpretación de normas de derecho procesal, 1434, 1437
- Interpretación de normas de derecho público local, 1522
- Interpretación de normas locales, 116, 122, 316, 504, 507, 1177, 1181, 1293, 1331, 1446, 1561, 1823
- Interpretación de tratados internacionales, 1350
- Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales, 543, 1725
- Inversión de la carga de la prueba, 326
- Invocación genérica de garantías constitucionales, 510, 1177, 1181, 1297, 1331, 1522, 1529, 1720, 1725
- Irregularidades cometidas en el ejercicio profesional, 1885
- Juicio ejecutivo, 150
- Jurado de Enjuiciamiento, 3
- Legitimación procesal de la provincia de Jujuy, 1440
- Materia contravencional, 326, 377, 409, 419
- Medida cautelar, 3, 162
- Mejoras introducidas en el inmueble, 323, 1479
- Norma de carácter local, 1440
- Perjuicio de imposible reparación ulterior, 377, 409, 419, 1784
- Personas con necesidades básicas insatisfechas, 1350
- Poder de policía local, 1331
- Posibilidad de acceso a otra vía judicial, 1484, 1488
- Posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la norma, 1446
- Prescripción de la acción, 757
- Prestación de un servicio público local, 1431

XLIV

Principio de congruencia, 757, 1561
 Principio de culpabilidad, 1336
 Principio de inocencia, 326
 Principio de legalidad, 111
 Principio de *ne bis in idem*, 373, 1336
 Principio protectorio, 1561
 Privación de instancia revisora, 268
 Programa de emergencia habitacional, 1484, 1488
 Recurso de aclaratoria, 415
 Rechazo de la excepción de incompetencia, 1431
Reformatio in peius, 179
 Reglamentación, 1885
 Regulación de honorarios, 1303
 Reincidencia, 1336
 Relación de empleo público local, 1561
 Requisitos, 1120, 1331, 1336
 Resolución de trámite posterior a la sentencia definitiva, 494
 Resolución que declara improcedente un recurso de orden local, 1293, 1307, 1556, 1715, 1784
 Responsabilidad del Estado, 757
 Revisión amplia de la sentencia de condena, 1181
 Revocación de la licencia, 373
 Rubros no remunerativos, 316
 Rubros remunerativos, 116, 122
 Salario, 116, 122, 316
 Sanción disciplinaria, 1921
 Sanción impuesta por la UACyF, 373
 Sentencia definitiva, 3, 111, 150, 162, 268, 377, 409, 419, 1311, 1336, 1350, 1431, 1434, 1440, 1484, 1488, 1784
 Sentencia equiparable a definitiva, 310
 Solicitud de intervención de la justicia nacional en lo civil, 1431
 Suspensión del juicio a prueba, 1784

Suspensión del plazo para interponer el recurso extraordinario federal, 415
 Taxímetro, 373
 Tutela judicial efectiva, 1484, 1488
 Validez de la notificación, 1297
 Valuación fiscal, 323
 Votación favorable a los consejeros, 331

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN

Accesorios, 1570, 1816
 Actualización monetaria de deudas tributarias, 1404
 Admisibilidad, 23, 128, 1404, 1533, 1570, 1816
 Agente bursátil, 1533
 Aplicación del régimen jurídico contractual, 128
 Arbitrariedad, 638, 1404, 1570
 Base imponible, 1404
 Caducidad de la acción contencioso administrativa, 23
 Caducidad del plan de facilidades de pago, 1816
 Cantidad mínima mensual de muestras, 1570
 Capacidad operativa como requisito de idoneidad, 1570
 Caso constitucional, 1404, 1570
 Compensación del importe tributario abonado en exceso, 1404
 Cómputo de las multas tributarias, 1404
 Construcción, 638
 Contrato de adhesión, 638
 Contrato de concesión de uso de bienes, 23
 Cuestiones de hecho y de prueba, 638, 1404
 Daño emergente, 1570
 Daños y perjuicios, 23
 Derecho de defensa, 23

Determinación de los índices de ajuste por parte del BCRA, 1404

Diferencias por el rubro alimentos, 1404

Doctrina de los actos propios, 23, 128

Ejecución fiscal, 1533, 1816

Excepción al procedimiento de determinación de oficio, 1533

Excepción de prescripción, 1816

Exención de pleno derecho, 1533

Extinción de la obligación tributaria, 1816

Falta de pago de facturas, 1570

Garantía de la doble instancia, 1816

Habilitación de la instancia judicial, 23

Impuesto sobre los Ingresos Brutos, 1404, 1533

Impugnación previa del acto administrativo, 23

Incumplimiento contractual, 538, 1570

Indemnización de gastos generales, 1570

Inexistencia manifiesta de deuda, 1533

Insuficiente valoración de la prueba en la sentencia de Cámara, 1533

Intereses, 128

Inversión y compraventa de títulos valores, 1533

Lucro cesante, 1570

Modificación de la pretensión inicial luego de notificada la demanda, 23

Monto del agravio, 1570

Naturaleza penal, 1404

Novación, 1816

Pago de deuda vencida a cargo del GCBA, 128

Pagos a cuenta de impuestos vencidos, 1533

Parte de recepción definitiva, 128

Presunción de legitimidad, 23

Principio de buena fe, 128, 1570

Principio de economía procesal, 23

Principio de no confiscatoriedad, 1404

Principio de reserva de ley en materia tributaria, 1404

Principio *in dubio pro administrado*, 538

Principios de preclusión e igualdad procesal, 23

Prórroga del contrato original, 1570

Recurso de inconstitucionalidad, 1404

Recurso de queja, 1404, 1570

Régimen especial pactado por las partes, 128

Rescisión unilateral por parte del GCBA, 23

Resolución extrajudicial, 538

Responsabilidad del Estado, 23

Sentencia definitiva, 1533, 1816

Sistema de control de alimentos, 1570

Supervisión y vigilancia de las obras y trabajos de mantenimiento, 128

Tasa de interés, 1570

Traba de la litis, 23

Tutela jurisdiccional efectiva, 23

Valor disputado en último término, 1404, 1533, 1570, 1816

Vulneración del derecho de defensa en juicio, 1533

RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN EN SUBSIDIO

Admisibilidad, 1871

REGULACIÓN DE HONORARIOS, 343

REVOCATORIA DE MANDATO

Caducidad del procedimiento, 94

Jefe de GCBA, 94

Prórroga, 94

Recolección de firmas, 94

SANCIÓN DE DESTITUCIÓN

Antecedentes sancionatorios, 1923

XLVI

Cantidad relevante de instrumentos sin firmas y/o autorización, 1923
Delegación de funciones en un dependiente, 1923
Escrituras sin nota de inscripción, 1923
Folios en blanco, 1923
Incumplimiento de deberes pre y postescriturales, 1923
Incumplimiento reiterado de deberes fiscales, 1923
Problemas de salud, 1923
Responsabilidad objetiva del notario en materia disciplinaria, 1923

SANCIÓN DE SUSPENSIÓN

Deserción, 1880
Escrituras, 1880, 1849
Falta de contestación a los traslados efectuados por el Colegio de Escribanos, 1880
Falta de firma de compareciente, 1880
Falta de inscripción de escrituras, 1880
Fundamentación, 1880
Negligencia, 1849
Obtención de certificados administrativos, 1880
Omisión de actuar como agente de retención de tributos, 1880
Omisión del deber de cuidado, 1849
Recurso de apelación, 1880
Requisitos, 1849

SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN

Aplicación de los principios del derecho penal, 1839
Escrituras de poder no autorizadas por el notario, 1839
Folios en blanco, 1839
Omisión de consignar el domicilio del compareciente, 1839

Omisión de inscripción, 1839
Potestad disciplinaria, 1839
Reapertura del acto escriturario por incomparecencia de uno de los otorgantes, 1839
Deberes fiscales, 1839

SUBSANACIÓN DE ERROR MATERIAL DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA, 819

SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE CLAUSURA DE LOCAL

Perjuicio de imposible reparación ulterior, 1305
Tratamiento previo al trámite del recurso de queja, 1305

TRIBUNAL DE ÉTICA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS

Archivo de actuaciones, 1887
Competencia del TSN, 1887
Expresiones descalificantes vertidas por un escribano hacia un colega, 1887
Presentación extemporánea, 1887
Recurso de apelación deducido en subsidio ante el TSN, 1887
Recurso de reposición, 1887
Rechazo de intervención, 1887

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

CASSABA, 352
CCBA, 352
CCAyT, 1214
Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario, 186
Competencia originaria, 21, 186, 352
CPCCN, 352, 1214
Cuestión local, 1214
Demanda de daños y perjuicios, 352
Elección de representantes barriales, 186

Incidente, 352

Instituto de la Vivienda, 186

Juez que previno, 186

Materia electoral, 186

Negligencia de la prueba ofrecida por la
sumariada y ordenada por el Tribunal,
1920

Prescripción de la acción
contravencional, 21

Recusación por causal sobreviniente
luego de interponerse recurso
extraordinario federal, 1214

Remisión de actuaciones a la justicia de
primera instancia en lo
contravencional y de faltas, 21

FALLOS

I

“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)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

**Jurado de Enjuiciamiento. Integración. Declaración de incompetencia
del fuero contencioso administrativo y tributario. Medida cautelar.**

Sentencia definitiva. Cuestión federal. Derecho público local

Expte. n° 4312/05 - 16/1/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor juez Roberto Andrés Gallardo interpuso recurso extraordinario federal (fs. 103/112) contra la sentencia de fs. 73/87 que: *a*) declaró la incompetencia de la justicia en lo contencioso, administrativo y tributario para conocer en el caso (expte. “Gallardo, Roberto Andrés c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad s/amparo”, n° 18.245/0 del registro del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12), y *b*) dejó sin efecto la medida cautelar decretada y toda otra resolución adoptada en el expediente de mención que impida el desarrollo del proceso previsto en el art. 123, CCBA.

2. Del recurso se dio traslado al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, quien solicita su rechazo (fs. 119/128).

3. A fs. 129 se pasaron los autos al acuerdo.

4. A pedido del recurrente, el presidente del Tribunal habilitó la feria judicial (fs. 134), decisión que fue notificada a las partes mediante las cédulas de fs. 137 y 138.

5. A fs. 139 la jueza Ana María Conde se excusa de intervenir en estas actuaciones.

6. A fs. 140 el presidente del Tribunal convocó al Tribunal, habiéndose podido contactar sólo a la jueza Alicia E. C. Ruiz y al juez José O. Casás, por lo cual el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Dado que la jueza Ana María Conde preside el Jurado de Enjuiciamiento del recurrente juez Gallardo, son atendibles las razones de delicadeza invocadas y corresponde aceptar su excusación (art. 23, parág. 2º, CCAyT).

2. El recurso extraordinario federal interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, no puede prosperar.

3. La sentencia recurrida de fs. 73/87 declaró la incompetencia de la justicia en lo contencioso, administrativo y tributario para conocer en la acción de amparo que el juez Gallardo interpuso con el objeto de que se declare la nulidad absoluta e insanable de la resol. 840/05 de fecha 25/10/2005 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad que dispuso la integración del Jurado de Enjuiciamiento, mediante el sorteo previsto en el art. 13 de la ley 54, a fin de resolver las recusaciones que el mencionado juez había planteado contra varios de los integrantes del Consejo (expte. n° 18.245/0 del registro del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12) y, como una consecuencia lógica de ello, dejó sin efecto la medida cautelar allí decretada —que suspendió el sorteo de los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento— y de toda otra resolución adoptada en dicho expediente que impida el desarrollo del proceso previsto en el art. 123, CCBA.

Para así decidir, el Tribunal tuvo en cuenta que la ley 54 —reglamentaría de los arts. 121 a 123, CCBA— prevé la irrecurribilidad (art. 28) de toda decisión adoptada por los órganos que operan en el procedimiento institucional establecido en las reglas constitucionales citadas, salvo, a manera de excepción única, la decisión final del Jurado de Enjuiciamiento que destituya al magistrado enjuiciado, mediante el recurso directo, fundado en manifiesta arbitrariedad, por ante el Tribunal Superior de la Ciudad (art. 29).

Por lo tanto, no se encuentra satisfecho en el caso el recaudo de sentencia definitiva, pues, como quedó visto, el recurrente cuenta con medios judiciales idóneos para impugnar —en caso de que le cause un agravio real— la decisión final que aquel órgano dicte oportunamente.

Por lo demás, la inexistencia de sentencia definitiva impide concretar cualquier agravio, incluso, el fundado en la arbitrariedad de la resolución.

4. Obsta, además, a la concesión del recurso intentado, el carácter no federal del tema debatido, toda vez que la materia sobre la cual versa la cuestión aquí decidida se apoya en disposiciones de derecho público local y cuya validez constitucional no ha sido concretamente cuestionada.

5. En consecuencia, voto por que se deniegue el recurso extraordinario federal intentado a fs. 103/112, con costas (conf. este Tribunal, expte. n° 2689/03, resolución del 4/5/2005).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ y el juez JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Julio B. J. Maier.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1. *Aceptar* la excusación de la jueza del Tribunal Ana María Conde.
2. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado a fs. 103/112, con costas.
3. *Mandar* que se registre y se notifique en forma urgente.

Fdo.: Julio B. J. Maier - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz.

II

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘PRONOCIN S.A. C/GCBA
S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Contribución de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, de Pavimentos y Aceras, y ley 23.514. Invocación genérica de garantías constitucionales. Interpretación de normas locales. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 4108/05 - 6/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. “Pronocin S.A.”. interpuso una acción declarativa tendiente a que se declare ilegítima la pretensión del GCBA de cobrar diferencias en la contribución de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, de Pavimentos y Aceras, y ley 23.514, con relación al inmueble ubicado en la Av. José María Moreno 346, por los períodos 1/93 a 12/98. La actora planteó la inconstitucionalidad del art. 44 de la Ordenanza Fiscal (t.o. 1994).

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. Entendió que los hechos son semejantes a los que consideró la Corte Suprema de la Nación en los autos: “Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (*Fallos*, 321:2933); que la Administración no acreditó la existencia de dolo o culpa grave del contribuyente; y que la pretensión del Gobierno trasgrede lo dispuesto por los arts. 17, C.N., y 51, CCBA, pues lesiona el derecho de propiedad de la sociedad actora, el principio de irretroactividad de la ley y la doctrina de los efectos liberatorios del pago.

2. La Procuración General apeló la sentencia. Afirmó que en tanto la actora omitió denunciar las mejoras introducidas en el inmueble —que implicaron la modificación de la valuación fiscal—, no era aplicable la doctrina del caso “Bernasconi”. También se agravó porque el rechazo de la prueba pericial que ofreció afectó su derecho de defensa (fs. 500/505, expediente principal).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 516/521, expediente principal).

3. Contra esa decisión el demandado interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 525/541, cuyo traslado fue contestado a fs. 545/549, expediente principal en ambos casos), cuya denegatoria (fs. 551/552, expediente principal) motivó la queja de autos (fs. 76/85 vta.).

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista corrida por el Tribunal, propició el rechazo del recurso de queja articulado (fs. 98/99 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.). No obstante es inadmisibile.

2. La queja no es eficaz para incitar al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad articulado ya que en ninguno de sus escritos la parte logra exponer, fundadamente, un caso constitucional.

Sea, como lo señala la Sala I, porque “[l]a referencia al principio republicano (véase fs. 531 vta.) y a la división de poderes (fs. 537 vta./538) no tiene una relación directa con el concreto problema planteado en la causa...”; sea porque las disposiciones constitucionales invocadas por la Procuración General —referidas a los derechos de igualdad, propiedad, defensa y legalidad, al régimen republicano y a la autonomía de la Ciudad (fs. 55 vta., 60)— no cubren que falta en el escrito una crítica concreta y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, la queja no puede prosperar

(conf. TSJ *in re*: “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9 de abril de 2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 92 y ss.).

La invocación genérica de preceptos constitucionales no rebate, por sí misma, los fundamentos por los que la Sala resolvió denegarlo.

En esas condiciones, el recurso de hecho no satisface el recaudo exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativo a los fundamentos indispensables que deben contener las quejas incoadas por recursos denegados (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338), criterio que es también aplicable al recurso de inconstitucionalidad local.

3. La decisión de la Cámara que rechazó el recurso de apelación trató, específicamente, sobre los recaudos —establecidos en las normas de procedimiento tributario y administrativo— que deben ser cumplidos por el Estado en forma previa a la emisión de la boleta de deuda por revalúo inmobiliario. Por eso, es correcta la advertencia que efectúa la Sala al denegar el recurso de inconstitucionalidad cuando señala que “[e]s preciso tener en cuenta que el aspecto central del recurso [de inconstitucionalidad] versa sobre la interpretación de la legislación local referida a los procedimientos administrativos y tributarios (véase fs. 532 vta./fs. 535 vta.)...”.

En verdad, la Procuración General pretende que el Tribunal, por medio de la queja y del recurso de inconstitucionalidad que la precede, se pronuncie sobre cuestiones de hecho (si el contribuyente obró o no con culpa), de prueba (pondere la necesidad o no de una pericia) y de procedimiento local (reglas de la L.P.A., relativas a los requisitos de los actos administrativos, y del C.F. referentes a la determinación del gravamen de que se trata), cuestiones, todas ellas, ajenas al debate constitucional que se exige para la viabilidad del recurso previsto en el art. 113 de la Constitución de la Ciudad. Reiterativamente, la parte insiste en una interpretación de los hechos y del régimen normativo aplicable que ya fue descartada en la anterior instancia —con argumentos convincentes: ilegitimidad de la liquidación de las diferencias al no explicitar los antecedentes fácticos y las razones jurídicas que la justifican, es decir, vicios en la motivación y en la causa (juez H. G. Corti); y que el error en cuanto al ejercicio de sus propias y exclusivas atribuciones por parte de las autoridades receptoras de los impuestos, no perjudica al contribuyente, en tanto no haya mediado dolo o culpa equiparable por parte de éste (jueces Esteban Centanaro y Carlos F. Balbín)—, sin aportar nuevas razones que permitan advertir la justicia del planteo y su vinculación directa e inmediata con principios y garantías constitucionales.

4. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, hay que destacar que ese motivo, desarrollado por la CSJN a partir del precedente registrado en *Fallos*, 184:137, es estricto, pues atiende a cubrir casos de ca-

rácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608, entre otros). Si bien la recurrente alega que los fundamentos del Alzada son insuficientes para rechazar su recurso de apelación, no muestra cuáles serían los defectos lógicos o argumentativos de la sentencia o de qué forma ella sería descalificable como acto judicial. En rigor, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con las razones de carácter no constitucional en que se funda la decisión, sin advertir que “la tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta” (*Fallos*, 308:1757) y que esta impugnación “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros)” (*Fallos*, 294:376).

5. Finalmente, la invocación de la existencia de “gravedad institucional” tampoco justifica la admisión de la queja, pues para la procedencia de este motivo extraordinario de impugnación se requiere, en principio, la existencia de una cuestión constitucional, ausente en autos.

La Corte Suprema tiene dicho que “[l]a invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100, C.N.” (*Fallos*, 311:120), criterio que si bien fue sentado para el recurso extraordinario federal es igualmente aplicable, *mutatis mutandi*, al de inconstitucionalidad local.

Por lo demás, en el escrito no se justifica de manera adecuada de qué forma concreta la decisión del Tribunal comprometería principios institucionales básicos, tal como lo exige la doctrina de la Corte.

6. Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.
Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La queja fue interpuesta oportunamente (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, tal como lo propone el juez de trámite, Dr. José O. Casás, no puede ser admitida.

El GCBA no cumple con la carga de fundamentación prescripta en el art. 33, párr. 2º de la ley 402.

La quejosa sólo afirma que la solución denegatoria “no resulta una derivación razonada del derecho aplicable con arreglo a las circunstancias derivadas de la causa” (fs. 79 vta. de la queja —*sic*—) y que dicha decisión fue emitida por la Cámara “sin fundamento suficiente” que la sostenga (fs. 76 vta. de la queja). Sin embargo, el GCBA no da razones que vinculen sus afirmaciones con la sentencia que pretende impugnar.

He sostenido en numerosas oportunidades, que es un requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada

del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

La ausencia de motivos que expliquen o aclaren los términos de la impugnación del GCBA —transcripta más arriba— define, a mi juicio, el rechazo de la presentación de fs. 76/85 vta. ya que, técnicamente, ella no constituye una queja, único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto la solución propiciada por el señor juez de trámite y los fundamentos que expone en los puntos 1 a 4 de su voto, en el sentido de que el recurso de queja se sustenta, centralmente, en cuestiones de hecho —la prueba producida y su valoración por la Cámara— en sí mismas inidóneas para generar el tipo de controversia que permite tener por configurado un caso constitucional. Como lo expresa el señor fiscal general adjunto en su dictamen, “la cuestión que el recurrente pretende traer a estudio del TSJ tiene por *exclusiva finalidad* controvertir cómo se valoró la prueba” (fs. 99, énfasis en el original).

Accesorariamente, el escrito recursivo controvierte los criterios interpretativos aplicados por la alzada a la legislación local en el pronunciamiento criticado —específicamente, el sentido que la Cámara le asigna a normas de procedimiento tributario y administrativo— y la propia legislación (derecho común) aplicable. Como lo ha expresado múltiplemente este Tribunal, la revisión de la prueba, así como de las normas infraconstitucionales que rigen el caso (y su interpretación), no puede suscitar, por sí misma, *un caso constitucional*. Se trata, en cambio, de cuestiones ajenas al recurso de inconstitucionalidad que, cabe concluir, fue correctamente denegado por la Cámara.

2. En cuanto a la invocación de la existencia de “gravedad institucional” considero, como el señor juez preopinante, que en el escrito de la queja no se expone fundadamente cómo la decisión recurrida compromete principios institucionales básicos. No comparto, en cambio, el argumento analógico que él articula para considerar aplicable al recurso de inconstitucionalidad local el criterio establecido por la CSJN para el recurso extraordinario federal. Ello es así puesto que, como lo he sostenido en otros pronunciamientos, yo no consiento la doctrina de la *gravedad institucional*, al considerar que ésta ha sido creada por la Corte Suprema “para ampliar su competencia en casos extremos y superar aquello que dio en llamarse *ápices formales* para la procedencia del recurso extraordinario federal” (conf. mi voto en “Corne,

Roberto Miguel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3827/05, sentencia del 5/7/2005, consid. 4), por lo que mal podría yo compartir un argumento *mutatis mutandi* que, como lo entiendo, extiende aquello que ya es excesivo.

Por lo tanto, y por las razones antedichas, concluyo que la queja planteada por el GCBA debe ser rechazada.

Por ello, de conformidad con el dictamen del Señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1. *Rechazar* la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, planteada por la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 76/85 vta.

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

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

III

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘GCBA C/NONELLO S.R.L.
S/EJECUCIÓN DE MULTA”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Caso constitucional. Juicio ejecutivo.

Monto comprometido en el proceso. Inexistencia de vías

procesales ordinarias. Sentencia definitiva. Faltas administrativas.

Principios del derecho penal. Multa. Prescripción. Declaración

de oficio. Gravamen irreparable. Código Contencioso Administrativo

y Tributario. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 4237/05 - 8/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 3 de marzo de 2003 la representante legal del GCBA promovió, ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario, la ejecución

de una multa por la suma de pesos trescientos sesenta y siete con ochenta centavos (\$ 367,80), oportunamente impuesta a Nonello S.R.L. (fs. 1/3, autos principales) por el Juzgado Municipal de Faltas n° 4. La jueza de primera instancia intimó a la ejecutada al pago de la suma reclamada y la citó a oponer excepciones, notificación que resultó negativa (fs. 5, autos principales). Posteriormente, la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario se declaró incompetente y remitió la causa a la justicia en lo contravencional y de faltas (fs. 15).

2. El juez a cargo del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 6, sin correr vista a las partes del proceso, declaró de oficio prescripta la multa impuesta a Nonello S.R.L. y rechazó la ejecución pretendida (fs. 26/27, autos principales).

3. Contra esa resolución la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, toda vez que consideró que el recurso de apelación resultaba improcedente en razón de que el monto comprometido en el proceso era inferior a lo establecido por el art. 219, párr. 2°, CCAT, conforme el art. 2° de la resol. 487-CM/04. Como agravios sostuvo en su recurso que la decisión impugnada era inconstitucional, arbitraria y ocasionaba gravedad institucional en tanto, a su criterio, la declaración de oficio de la prescripción de la multa —fundada en la supuesta naturaleza penal de la sanción y en la aplicación de principios del derecho penal con prescindencia de las constancias fácticas de la causa y la normativa aplicable al caso— vulneraba las previsiones de los arts. 1°, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99 y 129, C.N. y de los arts. 11, 12, inc. 5°, 13, inc. 3°, 51, 62, 102 y 104, CCBA. Asimismo, señaló cuál era la legislación que, a su entender, debía ser aplicada al caso: la ley 189 (“Código Contencioso Administrativo y Tributario”), la ley 1217 (“Procedimiento de Faltas”) y el Código Civil (fs. 30/44, autos principales).

4. El juez de primera instancia, sin correr traslado a las partes interesadas, declaró inadmisble el recurso de inconstitucionalidad. Los motivos de su decisión fueron, en primer lugar, que “la sentencia cuestionada no ha sido dictada por el tribunal superior de la causa: la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de faltas”, por lo que concluyó que el GCBA no había agotado la vía recursiva ordinaria que permitiera expedirse a dicho tribunal. En segundo lugar, la jueza consideró que no se había logrado configurar un caso constitucional (fs. 45/47, autos principales).

5. Contra esa resolución la parte actora presentó recurso de queja ante este Tribunal (fs. 26/33), donde expuso los antecedentes del caso y reiteró las argumentaciones efectuadas en su anterior presentación.

6. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, solicitó al Tribunal que declarara la nulidad de la resolución de fs. 45/47 de los autos principales, toda vez que el *a quo*, ante la presentación del recurso de inconstitucionali-

dad, omitió dar intervención al fiscal (art. 28, ley 402), privándolo de expedirse respecto de una cuestión de orden público como lo es el instituto de la prescripción (fs. 40 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), y se dirige a impugnar una decisión de carácter definitivo, pues aun cuando esta última fue dictada en el marco de un juicio ejecutivo, puso fin al proceso judicial mediante el cual se pretendió hacer efectiva una sanción de multa firme, cuestión que no podrá ser nuevamente articulada en el marco de ningún otro proceso. Además, la declaración de prescripción de la multa reclamada es susceptible de causar un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. voto del Dr. Casás en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multas’”, expte. n° 3276/04, resolución del 3/11/2004).

Consideramos, por otra parte, que la recurrente efectuó una crítica concreta contra la resolución que declaró inadmisibile su recurso de inconstitucionalidad. En efecto, si bien el núcleo de su argumentación se dirige a cuestionar la decisión de fondo, creemos que ello no permite afirmar, sin más, que no se logró rebatir los fundamentos por los cuales se cercenó la vía extraordinaria, esto es, que la sentencia cuestionada no ha sido dictada por el tribunal superior de la causa (fs. 17 vta.) y que no se ha logrado acreditar la existencia de un caso constitucional (fs. 18).

Con respecto al primero de los fundamentos denegatorios dados por el *a quo*, ya en las primeras líneas de la queja la recurrente señaló expresamente que: “se trata en el caso, de una sentencia definitiva, dado que es inapelable en razón del monto” (fs. 26). Este punto, además, ya había sido desarrollado en el recurso denegado (fs. 1/vta.), incluso, con cita de un precedente del TSJ que fue desconocido por el *a quo* —sin merecer ningún comentario.

No es necesario, entonces, exigir en este punto una mayor enunciación que la formulada por el GCBA cuando, en una causa análoga se entendió que “si la decisión de primera instancia resulta inapelable en razón del monto comprometido en el proceso, en este caso, 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” (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multas’”, expte. n° 3276/04, resolución del 3/11/2004). Por ello, reclamar más razones que ilustren acerca del error de una decisión, cuando él se presenta como evidente, constituiría un exceso de rigor formal.

Por otra parte, en cuanto al segundo fundamento que motivó la denegación del recurso de inconstitucionalidad —esto es, que no se habría logrado

acreditar la existencia de un caso constitucional—, la recurrente manifestó en la queja que el *a quo* denegó “sin fundamento suficiente” (fs. 26) el recurso de inconstitucionalidad oportunamente incoado. Para demostrarlo, sostuvo que la decisión resultó “descalificable por arbitrariedad” (fs. 26), pues “ha prescindido en el caso, de expresa normativa consagrada por el legislador en el ámbito de su competencia a través de un razonamiento que afecta las garantías del debido proceso y la defensa en juicio” (fs. 29). La queja, en tales términos, contiene una refutación mínima, aunque habida cuenta del contenido del auto denegatorio ella se muestra como suficiente para habilitar la competencia de este estrado. En suma, la impugnación fue también mal denegada en este punto, en tanto el GCBA logró articular con éxito un verdadero caso constitucional, al demostrar de manera concreta y suficiente que los jueces de la causa, para resolver la controversia, se apartaron del plexo legal aplicable en la especie, pues ello resiente en forma directa su derecho de defensa en juicio tutelado por la Constitución Nacional y local (arts. 18 y 13.3, respectivamente).

2. La cuestión de fondo traída a decisión de este Tribunal es análoga a la resuelta en la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3998. Los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta decisión—, son incorporados mediante el agregado de copia de esa sentencia a este expediente.

3. En atención a la forma en que se resuelve —revocando la prescripción decretada de oficio— resulta innecesario pronunciarse sobre la nulidad que pretende introducir el señor representante del Ministerio Público Fiscal.

4. Las consideraciones expuestas resultan suficientes para hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución que declaró prescripta la deuda reclamada en autos y ordenar la sustanciación de la ejecución fiscal con arreglo a las normas que informan la materia (arts. 450 y conc., CCAyT).

Así lo votamos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La presentación traída ante este Tribunal (fs. 26/33), así como el trámite del proceso bajo estudio guardan notas similares al recurso de queja resuelto en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Foti, Bruno Carlos s/ejecución de multa’” (expte. n° 4020/05, sentencia del 26/10/2005). En este sentido, reitero que, si bien la crítica que ensaya la recurrente contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad no constituye un dechado de virtudes, considero que en tres renglones la recurrente ha expresado la razón inversa por la cual ella considera procedente el recurso intentado (véase fs. 26 en negrita). En síntesis, en esa lacóni-

ca frase se sostiene, y con razón, que la sentencia insusceptible de ser recurrida en instancia de mérito (fs. 26/27, autos principales) es la sentencia definitiva que menciona el art. 27, de la ley 402, lo cual basta para declarar admisible el recurso de queja en cuestión y proceder a analizar el contenido del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto ante el tribunal superior de la causa, esto es, ante el tribunal *a quo*.

2. Superada esta insuficiencia formal del recurso, pasaré a describir el yerro de la sentencia recurrida por inconstitucionalidad, al cual reputo de suma gravedad. De esta manera, en tanto el recurso de fs. 30/44 (autos principales) se refiere al principio de *defensa en juicio*, aún mal argumentado, él no carece de razón. No voy a referirme a la interpretación de la ley común para conocer cuál es la ley aplicable o, conforme a ello, cuál es el plazo de prescripción, cuáles son los posibles hechos interruptores y cuál la manera correcta de decidir el caso, porque no considero que esas preguntas sobre el derecho común (infraconstitucional) surtan la competencia del Tribunal —sino tan sólo la del tribunal de mérito—, pero, como ya lo expliqué en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Impsat S.A. s/ejecución de multa’” (expte. n° 3966/05, sentencia del 19/10/2005), no existe ley alguna, con inclusión de la penal, que permita decidir sin escuchar a aquel que pretende la ejecución de la multa. Más allá de la ley que corresponda aplicar, según diferentes criterios, aún si la multa fuera penal rigen los arts. 516 y 517, 501, II, y 491, I, del CPPN. Estos artículos prevén la necesidad del contradictorio para la ejecución de las penas de multa, esto es, conceden a quien ejecuta la posibilidad de responder las defensas perentorias opuestas por el ejecutado. En este sentido, no sólo el Código Contencioso Administrativo y Tributario local, sino también el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevén intervenciones similares. La razón resulta evidente: la posibilidad del ejecutante de rebatir las excepciones que oportunamente invoque el ejecutado en el procedimiento de ejecución, puesto que tal criterio observa carácter constitucional (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3°: principio de defensa del interés que se procura).

Por lo demás, *de oficio* no puede querer significar *en cualquier momento*, sino en el momento en el cual la ley procesal le concede al tribunal —en este caso, ejecutor— la facultad de decidir (esto es, llevar adelante la ejecución o cancelarla). Esto último sucede, según cualquiera de las leyes aplicables, después de dejar opinar al ejecutante sobre la excepción fundada en la extinción de la facultad de ejecutar la multa. En el caso, el GCBA no ha tenido oportunidad alguna de expedirse sobre la prescripción de la sanción, entre otras cosas porque esa defensa no fue esgrimida por el ejecutado. Tengo la impresión de que aquí, con la invocación de diferentes leyes infraconstitucionales que pueden gobernar el caso, se está discutiendo, antes bien, la posibilidad de la existencia o inexistencia de un suceso interruptor del plazo de extinción de la acción ejecutiva por prescripción.

3. Por lo demás, considero innecesario pronunciarme sobre el pedido de nulidad efectuado por el fiscal general adjunto ante este Tribunal (conf. fs. 40/40 vta.). El hecho de que, antes de esta instancia, debió necesariamente opinar por dictamen la Fiscalía, no sólo está salvado por la intervención de la Fiscalía General en el recurso de queja, donde pudo opinar sobre el tema planteado (prescripción de la acción ejecutiva y modo de obtener el pronunciamiento judicial respectivo, ley aplicable), sino que, además, atender al pedido citado importaría un pronunciamiento de este Tribunal —precisamente— sobre la ley común (infraconstitucional) aplicable y la intervención de la Fiscalía según ella, pronunciamiento que, como ya lo he dicho, no se corresponde, en principio, con la competencia del Tribunal, fijada constitucionalmente. Ahora la Fiscalía ya conoce la existencia de este proceso y, por lo tanto, podrá tomar en él la intervención que juzgue oportuna y legítima, sin necesidad de aviso alguno. Como esta sentencia casa la resolución de mérito dictada, tienen razón los demás jueces que sucintamente han aclarado que, conforme al resultado, carece de sentido tratar la nulidad interpuesta por el fiscal general adjunto.

4. Por ello, me pronuncio por hacer lugar al recurso de queja y por conceder razón a los agravios vertidos en el recurso de inconstitucionalidad, con el fin de que continúe el trámite, según la ley que el tribunal de mérito considere aplicable.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso interpuesto por el GCBA ante el Tribunal (fs. 26/33), si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede ser admitido.

2. El escrito de la recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/15 de la queja), sin una sola referencia a la resolución del juez de primera instancia que no admitiera el recurso. Debo destacar que el *a quo* expuso detalladamente las razones que motivaran la decisión, como resulta de la lectura de fs. 45/7 del expediente principal, y que más allá de su acierto o desacierto la afectada debió hacerse cargo de ellas.

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

Las deficiencias de la presentación del GCBA definen su rechazo, ya que técnicamente no constituye un recurso de queja y la queja es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado, porque no está procesalmente prevista la interposición directa del recurso de inconstitucionalidad ante los jueces con competencia para tratarlo.

En situaciones como la de autos, ni siquiera es posible avanzar en la evaluación de si hay o no cuestión constitucional.

Por lo expuesto voto por rechazar el recurso interpuesto a fs. 26/33.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja interpuesta a fs. 26/33 con respecto al agravio relativo a la vulneración del derecho de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA).

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 30/44 de los autos principales, en cuanto se refiere a la garantía mencionada en el punto 1.

3º. *Revocar* la resolución del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 6, obrante a fs. 26/27 de los autos principales, y ordenar la sustanciación de la ejecución fiscal con arreglo a las normas que informan la materia (arts. 450 y conc., CCAyT).

4º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada el 19/10/2005 por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3998.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva esta queja, junto con los autos principales, al juzgado interviniente.

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

IV

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

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.
Caso constitucional. Juicio ejecutivo. Sentencia definitiva.
Faltas administrativas. Principios del derecho penal.
Multa. Prescripción. Declaración de oficio. Gravamen
irreparable. Código Contencioso Administrativo y Tributario

Expte. n° 4231/05 - 8/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 14 de julio de 2003 la representante legal del GCBA promovió, ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario, la ejecución del certificado de deuda emitido por la Justicia Municipal de Faltas por la suma de pesos ochocientos sesenta y siete pesos con veinte centavos (\$ 867,20). Dicho certificado instrumenta una multa oportunamente impuesta al señor Jaime Krupitzky (fs. 2/4). El señor juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 9 de la CABA dispuso intimar al ejecutado al pago de la suma reclamada y lo citó a oponer excepciones (fs. 5). Antes de notificar el auto recién aludido, el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario se declaró incompetente y remitió la causa a la justicia en lo contravencional y de faltas (fs. 13). El juez a cargo del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 19 también declaró su incompetencia (fs. 16/17). Posteriormente, dicho conflicto de competencia negativo fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia al declarar la competencia del fuero Contravencional y de Faltas (fs. 22/23).

2. Una vez radicada allí la causa, se intimó al ejecutado al pago del monto adeudado y se lo citó a oponer excepciones (fs. 42). A continuación, el titular del juzgado en lo Contravencional y de Faltas declaró de oficio prescripta la multa impuesta al señor Krupitzky (fs. 43/44). En los fundamentos de su sentencia sostuvo que la sanción impuesta en sede administrativa era de naturaleza penal, por lo que debían emplearse en el caso institutos propios del derecho penal. De allí que, al aplicar la ley 451 y al verificar que la multa se hallaba prescripta en virtud de lo dispuesto por el art. 34 de la citada ley, sostuvo que correspondía declarar de oficio su prescripción (fs. 43/44 vta.).

3. Contra esa resolución la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, toda vez que consideró que el recurso de apelación resultaba improcedente en razón del monto comprometido en el proceso. Como agravios sostuvo en su recurso que la decisión impugnada era inconstitucional, arbitraria y ocasionaba gravedad institucional en tanto, a su criterio, la declaración de oficio de la prescripción de la multa —fundada en la supuesta naturaleza penal de la sanción y en la aplicación de principios del derecho penal, con prescindencia de las constancias fácticas de la causa y la normativa aplicable al caso— vulneraba las previsiones de los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99 y 129, C.N. y los arts. 10, 11, 12, inc. 5°, 13, inc. 3°, 51 y 62 de la CCBA. Asimismo, señaló cuál era la legislación que, a su entender, debía ser aplicada al caso: la ley 189 (Código Contencioso Administrativo y Tributario) y la ley 1217 (Procedimiento de Faltas) (fs. 46/58).

4. El Juez de primera instancia ordenó correr traslado del recurso interpuesto al ejecutado, quien se presentó a fs. 61. La defensora oficial, en representación del señor Krupitzky, solicitó que se rechazara el recurso de incons-

titucionalidad incoado (fs. 65/68). Posteriormente, el magistrado interviniente resolvió conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA por considerar que se encontraban verificados los extremos formales para su admisión (fs. 69/70, autos principales).

5. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, solicitó al Tribunal que declarara la nulidad de la resolución obrante a fs. 69/70 toda vez que, a su criterio, el recurso no se había sustanciado en debida forma.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo y forma (arts. 27 y 28, L.P.T.) y se dirige a impugnar una decisión de carácter definitivo, pues aun cuando esta última fue dictada en el marco de un juicio ejecutivo, puso fin al proceso judicial mediante el cual se pretendió hacer efectiva una sanción de multa firme, cuestión que no podrá ser nuevamente articulada en el marco de ningún otro proceso. Además, la declaración de prescripción de la multa reclamada es susceptible de causar un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. voto del Dr. Casás en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multas’”, expte. n° 3276/04, resolución del 3/11/2004).

En consecuencia, corresponde examinar la presentación de fs. 46/58. Su sola lectura permite inferir que el GCBA logró plantear con éxito un caso constitucional, pues es posible extraer como fundamento principal de su presentación que la recurrente se agravia dado que, en su concepto, “existe por parte de los tribunales un erróneo y manifiesto apartamiento tanto de los hechos como de la ley aplicable a la cuestión debatida” (fs. 54). Concretamente, se argumenta que la prescripción oficiosa decretada por el juez fue efectuada con prescindencia del plexo normativo aplicable en la especie, sin previa intervención de las partes interesadas y sobre la base de defensas que no fueron invocadas en el momento procesal para ello, afectándose de esta manera la garantía del debido proceso y la defensa en juicio (fs. 56 vta.).

2. Admitida su viabilidad, y atento que la cuestión de fondo traída a estudio del Tribunal es similar a lo que se resolviera en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución fiscal’” (expte. n° 3998, resolución del 19/10/2005), los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de la presente decisión— son incorporados mediante el agregado de la copia de esa sentencia a este expediente.

3. En atención a la forma en que se resuelve —revocando la prescripción decretada de oficio— resulta innecesario pronunciarse sobre la nulidad que pretende introducir el señor representante del Ministerio Público Fiscal.

4. Las consideraciones expuestas resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución del *a quo* que declaró de oficio la prescripción de la presente ejecución (fs 43/44) y devolver la causa para que continúe su trámite con arreglo a las normas que informan la materia (arts. 450 y conc., CCAyT).

Así lo votamos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Atento los antecedentes de la causa bajo estudio, considero pertinente advertir que omitiré, al resolver el recurso en cuestión, toda referencia a la interpretación de la ley común que me permita conocer cuál es la ley aplicable o, conforme a ello, cuál es el plazo de prescripción, cuáles son los posibles hechos interruptores y cuál la manera correcta de decidir el caso, puesto que no reputo que esas preguntas sobre el derecho común (infraconstitucional) surtan la competencia de este Tribunal —sino tan sólo la del tribunal de mérito—. Sin embargo, como ya lo expliqué en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Impsat S.A. s/ejecución de multa’” (expte. n° 3966/05, sentencia del 19/10/05), no existe ley alguna, con inclusión de la penal, que permita decidir sin escuchar a aquel que pretende la ejecución de la multa. La razón resulta evidente: la posibilidad del ejecutante de rebatir las excepciones que oportunamente invoque el ejecutado en el procedimiento de ejecución, puesto que tal criterio observa carácter constitucional (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3°: principio de defensa del interés que se procura; normas constitucionales citadas por el recurrente a fs. 46/58 vta.).

2. Más allá de la ley que corresponda aplicar, según diferentes criterios, aún si la multa fuera penal rigen los arts. 516 y 517, 501, II, y 491, I, del CPPN. Estas normas prevén la necesidad del contradictorio para la ejecución de las penas de multa, esto es, conceden a quien ejecuta la posibilidad de responder las defensas perentorias opuestas por el ejecutado. En este sentido, no sólo el Código Contencioso Administrativo y Tributario local, sino también el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevén intervenciones similares. En este caso, el GCBA (quien recurre por inconstitucionalidad) no ha tenido oportunidad alguna de expedirse sobre la prescripción de la sanción, entre otras cosas porque esa defensa no fue esgrimida por el ejecutado (conf. mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Foti, Bruno Carlos s/ejecución de multa’”, expte. n° 4020/05, sentencia del 26/10/2005).

A todo evento, *de oficio* (fs. 43 vta./44) no puede querer significar *en cualquier momento*, sino en el momento en el cual la ley procesal le concede al tribunal —en este caso, ejecutor— la facultad de decidir (esto es, llevar adelante la ejecución o cancelarla). Esto último sucede, según cualquiera de las leyes aplicables, después de dejar opinar al ejecutante sobre la excepción fundada en la extinción de la facultad de ejecutar la multa. De esta manera,

tengo la impresión de que aquí, con la invocación de diferentes leyes infraconstitucionales que pueden gobernar el caso, se está discutiendo, antes bien, la posibilidad de la existencia o inexistencia de un suceso interruptor del plazo de extinción de la acción ejecutiva por prescripción.

3. Por lo demás, considero innecesario pronunciarme sobre el pedido de nulidad efectuado por el fiscal general adjunto ante este Tribunal (conf. fs. 76/76 vta.). El hecho de que, antes de esta instancia, debió necesariamente opinar por dictamen la Fiscalía, no sólo está salvado por la intervención de la Fiscalía General en el recurso de queja, donde pudo opinar sobre el tema planteado (prescripción de la acción ejecutiva y modo de obtener el pronunciamiento judicial respectivo, ley aplicable), sino que, además, atender al pedido citado importaría un pronunciamiento de este Tribunal —precisamente— sobre la ley común (infraconstitucional) aplicable y la intervención de la Fiscalía según ella, pronunciamiento que, como ya lo he dicho, no se corresponde, en principio, con la competencia del Tribunal, fijada constitucionalmente. Ahora la Fiscalía ya conoce la existencia de este proceso y, por lo tanto, podrá tomar en él la intervención que juzgue oportuna y legítima, sin necesidad de aviso alguno. Como esta sentencia casa la resolución de mérito dictada, tienen razón los demás jueces que sucintamente han aclarado que, conforme al resultado, carece de sentido tratar la nulidad interpuesta por el fiscal general adjunto.

4. Por ello, me pronuncio por el acogimiento del recurso de inconstitucionalidad en el sentido que he expresado en el punto 1 de este voto, con el fin de que continúe el trámite, según la ley que el tribunal de mérito considere aplicable.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto de mis colegas José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 46/58 con respecto al agravio relativo a la vulneración del derecho de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA).

2°. *Revocar* la resolución del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 19, obrante a fs. 43/44, y ordenar la sustanciación de la ejecución fiscal con arreglo a las normas que informan la materia (arts. 450 y conc., CCaYT).

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada el 19/10/2005 por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3998.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva esta queja, junto con los autos principales, al Juzgado interviniente.

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

V

“CABALLERO, JORGE ALBERTO Y OTROS
S/ART. 71, CÓD. CONTRAV. —CAUSA 555-CC/00—
S/QUEJA POR DENEGACIÓN DE RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD S/INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD
AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: Competencia. Prescripción
de la acción contravencional. Remisión de actuaciones
a la justicia de primera instancia en lo contravencional y de faltas**

Expte. n° 912-01/01 - 8/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 294/303, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia del 5 de diciembre de 2001 de este Tribunal Superior que, por mayoría, había decidido declarar que la acción contravencional no se encontraba prescripta en el caso (fs. 40/62). Asimismo, la CSJN ordenó que, una vez radicados los autos en este Tribunal, se procediera, por quien corresponda, a dictar una nueva sentencia con arreglo a las consideraciones vertidas en su resolución.

FUNDAMENTOS:

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

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en este expediente dejó sin efecto lo resuelto por este Tribunal y ordenó su devolución “para que, *por quien corresponda*, se dicte un nuevo pronun-

ciamiento” con arreglo a lo allí dispuesto (fs. 295/vta.) —el destacado es añadido—. En consecuencia, consideramos que, en el caso, nada nos impediría resolver la cuestión ante este estrado, posición que, además, resultaría coherente con la que sostuviéramos en este proceso anteriormente (y en similar sentido ver: considerando noveno del voto de la CSJN en el cual se conjuga el alineamiento más numeroso, integrado por cuatro de sus jueces). Sin embargo, en atención a lo resuelto con fecha 29 de diciembre de 2005 en los autos “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav. —apelación’” (expte. 1509/02) y al resultar nuestra postura minoritaria, puesto que nuestros colegas votaron por remitir el expediente al juzgado de primera instancia, entendemos que expedirse sobre este punto, en tales condiciones, sería a todas luces inoficioso. Por lo expuesto, no ingresaremos al tratamiento de la cuestión propuesta.

Así lo votamos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como lo expresé al votar en las sentencias de fs. 10/12 y de fs. 40/62 (incidente de prescripción), considero que este Tribunal no es competente materialmente para resolver un planteo de prescripción de la acción contravencional como el que aquí se analiza.

En consecuencia, y en atención a la necesidad de cumplir con la exigencia del máximo tribunal federal, voto por remitir estas actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas ante el cual se planteó el incidente respectivo.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento, con arreglo a la doctrina establecida en la sentencia de fs. 294/303, para resolver el pedido de prescripción de la acción contravencional seguida contra Jorge Alberto Caballero. En tales condiciones, como lo sostuve con anterioridad, compete al juez a quien se dirigió la petición original, pronunciarse a su respecto (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczyk, Carlos Alberto s/ley 255 —apelación’”, expte. n° 2620, resolución del 1/9/2004).

Por todo ello, corresponde remitir la causa al Juzgado de Primera Instancia Contravencional y de Faltas que intervino en autos.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Remitir* estas actuaciones al juzgado en lo Contravencional y de Fal-
tas que intervino en autos para que éste dicte sentencia conforme a lo estable-
cido por la CSJN en su resolución de fs. 294/303.

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

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

VI

“LA ESCALERA NORTE S.A. C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos de admisibilidad. Contrato de concesión de uso de bienes. Rescisión unilateral por parte del GCBA. Responsabilidad del Estado. Daños y perjuicios. Tutela jurisdiccional efectiva. Caducidad de la acción contencioso administrativa. Habilitación de la instancia judicial. Impugnación previa del acto administrativo. Presunción de legitimidad. Principio de economía procesal. Traba de la litis. Modificación de la pretensión inicial luego de notificada la demanda. Derecho de defensa del demandado. Principios de preclusión e igualdad procesal. Doctrina de los actos propios

Expte. n° 4076/05 - 8/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Escalera Norte S.A. planteó una demanda contra el Gobierno de la Ciudad con motivo de los daños y perjuicios que le habría ocasionado la rescisión unilateral del contrato de concesión de uso de bienes del complejo Costanera Norte Espigón, dispuesta por el Jefe de Gobierno mediante el dec. 152/97 (fs. 181/97).

En lo que interesa, la Procuración General opuso la excepción de inadmisibilidad de la instancia. Adujo que la accionante no agotó la instancia administrativa y que el juicio fue promovido cuando ya había operado el plazo de caducidad de la acción (fs. 201/30).

La jueza de primera instancia desestimó la excepción y declaró habilitada la instancia (fs. 294).

2. La sentencia fue apelada por la parte demandada.

La Sala I de la Cámara de apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario expresó que “si bien la accionante no cuestiona la rescisión del contrato, afirma que el acto que la dispuso (dec. 152/97) se encuentra viciado en la causa, la motivación y la finalidad (art. 7, incs. b], e] y f], L.P.A.), a punto tal que sería de ‘legitimidad aparente’ (fs. 186, último párrafo)”. Asimismo, la alzada sostuvo que “La procedencia de la reparación patrimonial reclamada presupone declarar la nulidad del acto, que excluye la indemnización pretendida por cuanto califica como culpable a la conducta del concesionario” y que “la pretensión resarcitoria conlleva además, de manera implícita, una pretensión impugnatoria del acto que dispuso la rescisión del contrato que unía a las partes, y la estimación de esta última es condición indispensable para el progreso de aquélla”. Afirmó que en tanto “la demanda contiene una pretensión impugnatoria —cuyo acogimiento es condición indispensable para la procedencia de la reparación pecuniaria también pretendida por la demandante— (...) cabe concluir que no se encuentran reunidas las condiciones de ejercicio de la acción procesal administrativa y, por lo tanto, corresponde denegar la habilitación de la instancia judicial”.

3. La parte actora interpuso el recurso de apelación ordinario previsto en el art. 26, inc. 6º, ley 7, el que fue concedido por la Sala interviniente. En el memorial de agravios sostiene, centralmente, que la sentencia de Cámara es errónea en cuanto considera que la parte articula una pretensión impugnatoria del acto de rescisión. Reitera que demanda la responsabilidad por los daños que le ocasionó el acto, sin desconocer la licitud del obrar administrativo.

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto destaca, en primer término, la mutación de la argumentación de la actora durante el proceso (conf. fs. 371); en segundo término, él propicia el rechazo del recurso ya que la admisibilidad de la pretensión resarcitoria requiere analizar la causa invocada por el Gobierno para rescindir el contrato, y ello supone la impugnación del acto administrativo.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El art. 38 de la ley 402 dispone que, en el recurso ordinario de apelación, “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”. A su vez, esta norma establece que el Tribunal 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 ende, como lo expresé en mi voto en la causa “Ingeniería Gastronómica S.A. c/DGR (resol. 5277-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario concedido” expte. n° 3226/04, sentencia del 17 de marzo de 2005, “[s]on así condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte, que el valor disputado sea superior a \$ 700.000 y, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva”.

En este juicio, *a)* la Ciudad es parte demandada; *b)* la sentencia recurrida pone fin al juicio —aunque no resuelve el fondo de la causa—; *c)* dicho pronunciamiento tiene, además, un contenido patrimonial determinado, y *d)* la parte actora ha planteado el recurso ordinario de apelación en un asunto en el que el importe que discute en último término supera el exigido por ley.

2. Escalera Norte S.A. se agravia porque la sentencia afirma que la pretensión resarcitoria por ella planteada lleva implícita una pretensión impugnatoria del acto que dispuso la rescisión del contrato, atribuyéndole culpa. La recurrente afirma que “nos encontramos frente a un supuesto en donde no cuestionamos la legitimidad del dec. 152/97, sino que perseguimos el reconocimiento de un derecho preexistente nacido en el marco de la relación contractual” (fs. 355).

Si bien es cierto que la actora ha tenido una posición cambiante en la argumentación que desarrolla en los escritos anteriores en lo atinente a la regularidad del acto de rescisión, como es correctamente advertido por el señor fiscal general adjunto (fs. 370 vta.), no es menos cierto que La Escalera Norte S.A. en la demanda no solicitó la declaración de nulidad del acto administrativo. Ni al describir el objeto de su demanda, ni al formular sus peticiones, ella requiere un pronunciamiento que se expida sobre la validez del decreto rescisorio.

Las causas de invalidez del acto mencionadas por la actora —que la Cámara indica en el fallo impugnado— forman parte de la argumentación que ella expone en su demanda. Pero La Escalera Norte S.A. no concreta un pedido al tribunal para que declare la invalidez del acto. Entonces, “la petición, en términos claros y positivos” exigida como requisito de la demanda en el art. 269, inc. 8°, CCAyT, no expresó, en el caso, una pretensión impugnatoria o anulatoria del acto administrativo involucrado.

Es claro que la pretensión impugnatoria se encuentra sujeta a un plazo de caducidad que estaría largamente vencido al momento de entablarse la demanda. Por tal razón la actora insiste en que ella no ha planteado una demanda que incluya una pretensión de ese tipo. Las dudas que respecto del alcance de su demanda podrían surgir si se consideran los argumentos que aluden a vicios del acto, deben decidirse a favor de admitir la demanda ante la insistencia de la parte actora (expresada en el recurso que interpuso) para que se le permita debatir con la accionada el derecho que invoca y obtener del tribunal una sentencia de mérito.

3. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve, en su preámbulo, una democracia fundada —entre otros valores— en “la justicia”, por lo demás, en el art. 12, inc. 6º, garantiza “el acceso a la justicia de todos sus habitantes” y en el art. 13, inc. 3º, la “inviolabilidad de la defensa en juicio”. Por consiguiente, los jueces deben efectuar una aplicación razonable de las reglas que establecen los requisitos de admisión de las demandas y extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*).

No obstante aquello que antecede, resulta claro que la garantía de protección judicial “debe considerarse satisfecha con la obtención de una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión o desestimación por algún motivo formal cuando concorra alguna causa legal y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada de la misma” (conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 30 y ss., sin énfasis en el original). La aplicación razonada de la ley por los jueces (a la que hace referencia el autor mencionado), que es exigible para dar por terminado el proceso en la etapa de admisión, no debe resolverse sobre la base de argumentos que están vinculados con la procedencia de fondo o fundabilidad de la pretensión.

La alzada consideró que al demandarse el pago de daños y perjuicios por la rescisión del acto de concesión, con fundamentos en razones que hacen a la validez del acto o del ejercicio de la potestad rescisoria, debía darse cumplimiento al art. 4º, CCAyT, que establece, en lo pertinente: “No puede demandarse autónomamente la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por actos administrativos que se reputen ilegítimos sin haberse impugnado, en tiempo y en forma, el acto que se pretende lesivo”. Mas, en el caso, la Sala consideró “implícita” la pretensión impugnatoria, ya que ella no forma parte de la petición “en términos claros y positivos” efectuada por la parte (art. 269, inc. 8º, ya citado). La actora niega, en forma expresa, pretender la declaración de invalidez del dec. 152/97 y reitera que su reclamo indemnizatorio es autónomo de cualquier declaración de invalidez, nulidad o ilegitimidad. Esta circunstancia es de máxima relevancia para decidir si se habilita o no la instancia administrativa.

4. Tal como la actora formula sus pretensiones, no es exigible, para habilitar la instancia judicial, la impugnación del acto administrativo rescisorio.

Esta afirmación nada anticipa respecto de si, de acuerdo con las circunstancias del caso, esa impugnación no debió ser cumplida para que, en su caso, la demanda pueda prosperar; o sobre si ella expone un supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita que obligue a indemnizar. Esta decisión sólo habilita a llevar adelante el juicio, con el encuadre que pretende asignarle la parte actora, para que, finalmente, al momento de dictarse la sentencia de fondo, se pondere si concurren o no los requisitos para que proceda la reparación, conforme a las circunstancias del caso.

5. Por lo expuesto, y por las razones antedichas, voto por hacer lugar al recurso de apelación ordinario planteado por La Escalera Norte S.A., revocar el fallo de la alzada de fs. 335/337 y confirmar la decisión de primera instancia de fs. 294 y vta.

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.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. En cuanto a la procedencia formal del recurso de apelación ordinario, adhiero a las consideraciones vertidas en el punto 1 del voto del Dr. Maier.

2. Escalera Norte S.A. se agravia porque la sentencia afirma que la pretensión resarcitoria por ella planteada lleva implícita una pretensión impugnatoria del acto que dispuso la rescisión del contrato, que fue interpuesta vencido el plazo de caducidad de la acción. La recurrente afirma que “nos encontramos frente a un supuesto en donde no cuestionamos la legitimidad del dec. 152/97, sino que perseguimos el reconocimiento de un derecho preexistente nacido en el marco de la relación contractual” (fs. 355).

Pues bien, como cuestión liminar *resulta conveniente desentrañar en qué términos fue planteada la demanda y las eventuales modificaciones que experimentó.*

a) La actora, en el escrito de demanda (fs. 181/197), sostuvo que el dec. 152/1997 dispuso la *caducidad* del contrato administrativo, como *sanción* ante determinados incumplimientos de “Escalera Norte”.

Pero manifiesta que “la caducidad es ilícita” (fs. 186 vta.) por diversos fundamentos que detalla, todos los cuales se refieren a irregularidades que presentaría dicho acto administrativo.

Por lo tanto, el dec. 152/97 contendría una “legitimidad aparente” (fs. 186), ya que esconde en realidad una *revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia*, facultad que legítimamente puede ejercer el Estado, pero que debe hacerlo reparando las consecuencias dañosas, en los términos de los arts. 28 y 29 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares (véase fs. 149 y 152) y 67 del Pliego de Bases y Condiciones Generales (véase fs. 139).

En conclusión, en la demanda la actora solicita se le reparen los daños sufridos como consecuencia del dictado del dec. 152/97, por entender que a través del mismo no se realizó una rescisión unilateral —como se destaca expresamente en el decreto— sino la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia del contrato administrativo que la ligaba al GCBA.

b) Posteriormente, a fs. 208/212 el GCBA interpuso la excepción de falta de legitimación activa, por no encontrarse habilitada la instancia judi-

cial, atento la falta de agotamiento de la vía administrativa y la caducidad de la acción, lo cual fue contestado por la actora a fs. 237/242.

En dicha contestación, la accionante le asignó un alcance diferente a la pretensión que había planteado en su escrito liminar, modificando la demanda planteada.

Concretamente, la actora sostuvo que “...nunca se impugnó el acto administrativo emanado del Jefe de Gobierno de la Ciudad (...) el dec. 152/97, de rescisión unilateral de la concesión, se trató de un acto de Gobierno que con todo derecho podía la Administración dictar, previsto en el contrato, así como tasadas las consecuencias que de su empleo podían derivar. Y es por esta causa la presente demanda. Como se advierte y —paradójicamente— contrariamente a lo sostenido por la demandada, no ha habido un obrar ilegítimo de la ex MCBA en tanto y en cuanto se ajusta al plexo normativo previsto entre las partes. Sin perjuicio de lo cual, insistimos, sus consecuencias —también previstas en el contrato— deben repararse ...” (fs. 238 y vta.).

3. Por lo tanto, un primer cuestionamiento sería el siguiente: *¿la actora fundamentó su pretensión resarcitoria en la ilegitimidad del dec. 152/97, o reconoció su licitud e intentó hacer efectiva la responsabilidad del estado local derivada de su actividad lícita?*

Pues bien, de la lectura del escrito de demanda se desprende que *la mayoría de los argumentos planteados por la actora se refieren a la presunta ilegitimidad del dec. 152/97.*

Concretamente, la recurrente alega distintos vicios en los elementos del acto administrativo analizado:

i) *Vicios en la causa:* la actora señala que los incumplimientos en que se fundamentó la rescisión no habrían existido, por lo que “resultan falsos sus presupuestos” (fs. 184).

De esta manera, estaría alegando un supuesto de “falsa causa”.

ii) *Vicios en el objeto:* la actora menciona que aún en el supuesto que los alegados incumplimientos hubiesen existido, la caducidad no era procedente ya que dichos incumplimientos “no pueden considerarse esenciales” (fs. 185). Por lo tanto, concluye que el Estado debería haber aplicado previamente las restantes sanciones previstas en los incs. a) y b) del art. 30 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares: apercibimiento y multa (fs. 186 vta.).

De esta manera, lo que la actora estaría invocando es la *irrazonabilidad e ilicitud del objeto.*

iii) *Vicios en el procedimiento:* la actora sostiene que el GCBA, ante los supuestos incumplimientos, “no apercibió, no intimó, no multó” (fs. 184 vta.). De esta manera, dice que el Estado local no habría cumplido el procedimiento previsto en el art. 21 de la ley nacional 19.549, que establece para declarar la caducidad del acto administrativo debe

mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto.

Claramente, está alegando vicios en el procedimiento, que para ciertos administrativistas integra el elemento “forma” del acto administrativo.

- iv) *Vicios en la finalidad*: la actora dice que el verdadero objetivo perseguido por el GCBA al sancionar el dec. 152/1997, era “...cambiar el destino de la concesión otorgada y violentar el arribo de la ordenanza n° 46.299 (...) ocultando la realidad de los hechos —para evadir el pago indemnizatorio correspondiente— y anticipar —sin razón alguna— la ‘... recuperación del espacio público y la vista sobre el Rfo de la Plata, destinándolo a espacios verdes y áreas recreativas ...’ (conforme texto del dec. 426, que acompañamos como prueba)...” (fs. 185 vta.). Y continúa diciendo que “...Así, podemos concluir que el 13 de febrero de 1997, varios años después del funcionamiento del complejo, la rescisión y demolición de todo lo existente aparece como un hecho de política de gobierno. La verdadera intención se encuentra confesa en el considerando 19° (véase dec. 152) ‘... destinar esos terrenos a la formación de un parque y paseo público formando un gran parque ribereño, y previendo la necesidad de la apertura de calles, reservando parte de las tierras para la ampliación del jardín botánico’ (*sic*)...” (fs. 186 vta.).

Por lo tanto, este argumento debe considerarse una alegación de “desviación de poder”, ya que el acto administrativo —según la actora— perseguiría otra finalidad de interés público —crear espacios verdes y recreativos en la zona ribereña— distinta de la expresada —sancionar los incumplimientos del cocontratante.

Sentado lo expuesto, ¿queda alguna duda acerca de que la actora fundamentó su pretensión indemnizatoria en la ilegitimidad del acto administrativo? De lo contrario, ¿para qué dedicar la mayor parte de la demanda a cuestionar dicho acto?

4. Por lo tanto, en el escrito de fs. 237/242, donde contestó las excepciones planteadas por la demandada y negó haber invocado la ilegitimidad del acto administrativo, *la parte actora no interpretó sino que modificó los términos de su pretensión inicial*.

En consecuencia, el siguiente interrogante a develar es el éste: *¿podía la actora modificar los términos de su pretensión inicial, luego de trabada la litis?*

La respuesta es negativa, por los siguientes fundamentos:

- a) Al momento en que se trabó la litis el proceso tramitaba ante la Justicia Nacional en lo Civil, por lo que era aplicable el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dicho texto normativo, en su art. 331 dispone que la demanda sólo puede ser modificada antes de que

sea notificada. *Contrario sensu*, una vez notificada la demanda no puede modificarse la pretensión inicial, y la única excepción es que puede ampliarse la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación —lo cual no ocurre en este caso.

- b) Esta regla procesal se fundamenta en la necesidad de respetar el *derecho de defensa del demandado*. En efecto, las defensas y excepciones que puede oponer al progreso de la acción, tienen como referencia lo manifestado por la actora en la demanda. Si se permitiera que el actor modificara los términos de su demanda con posterioridad a que el accionado la contestase, por ejemplo en el escrito de contestación de excepciones —como pretendió hacer la actora a fs. 237/242—, se estaría violando el derecho de defensa del accionado, ya que al no estar previsto su traslado no tendría posibilidad de contestar dicho escrito.
- c) Asimismo, la imposibilidad de modificar la demanda tras la traba de la litis también encuentra sustento en los *principios de preclusión e igualdad procesal*. En efecto, el actor puede modificar su pretensión antes de la notificación, luego dicha facultad procesal se encuentra recluida, y permitirle ejercerla en forma tardía violaría la igualdad procesal de las partes, ya que se le otorgaría a una de ellas —la actora— una ventaja no contemplada en el ordenamiento jurídico, en perjuicio de la otra parte.
- d) Por último, y en virtud de la *teoría de los actos propios*, la actora no puede válidamente alegar que su pretensión no pretendía cuestionar la validez del dec. 152/97, ya que se pondría en contradicción con lo actuado inicialmente, toda vez que gran parte del escrito de demanda gira en torno a la ilegitimidad de dicha norma.

En conclusión, para determinar cuál es el alcance de la pretensión que se debate en autos, *debemos circunscribirnos a lo manifestado por la actora en el escrito de demanda*.

5. Por todo lo expuesto en los apartados anteriores, podemos concluir que *la actora introdujo una pretensión indemnizatoria que pretende hacer efectiva la responsabilidad del estado local por los daños sufridos como consecuencia del dictado de un acto administrativo ilegítimo*. Estamos hablando, entonces, de la *responsabilidad estatal por actividad ilícita*.

Habría, entonces, dos opciones:

- considerar, como afirma la recurrente, que a pesar de sus discrepancias con los términos del dec. 152/1997 la demanda no contiene una *pretensión impugnatoria* de dicho acto. Así lo dice Escalera Norte en su memorial, al sostener que “nos encontramos frente a un supuesto en donde no cuestionamos la legitimidad del dec. 152/97,

sino que perseguimos el reconocimiento de un derecho preexistente nacido en el marco de la relación contractual” (fs. 355);

- o bien sostener, como sostuvo la Cámara, que además de la *pretensión resarcitoria* la demanda contiene implícitamente una *pretensión impugnatoria* del acto administrativo analizado (fs. 336, apart. VII).

De una u otra manera, y como veremos a continuación, la demanda resulta improcedente.

a) Creo que le asiste razón a la actora en sostener que —más allá de sus referencias a la ilegitimidad de la norma— no impugnó en forma expresa, clara y precisa el dec. 152/97, de modo tal que *existiría una sola pretensión: la resarcitoria*.

Pero en este supuesto, resultaría aplicable el art. 4º de la ley 189, según el cual “no puede demandarse autónomamente la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por actos administrativos que se reputen ilegítimos sin haberse impugnado, en tiempo y en forma, el acto que se pretende lesivo...”.

La citada norma, que adopta en el plano local la doctrina sentada en el fuero contencioso administrativo federal por el plenario “Petracca” (CNFed. Cont. Adm., en pleno, 24/4/1986, “Petracca e Hijos S.A. y otros c/Gobierno nacional —Ente Autárquico Mundial 78—”, LL, 1986-D, 10), es plenamente aplicable al caso de autos, ya que esta acción fue iniciada en el año 2002 (véase cargo de fs. 197) y la ley 189 entró en vigencia en el año 1999.

Si La Escalera Norte consideraba —como lo manifestó claramente en la demanda— que el citado decreto era inválido, de legitimidad aparente, que escondía otro tipo de acto distinto al que declaraba, primero debía destruir la presunción de legitimidad propia de todo acto administrativo, mediante la deducción de la correspondiente pretensión impugnatoria en sede judicial, en el plazo y cumpliendo los requisitos de admisibilidad previstos en las normas locales.

Hasta tanto no realice dicha impugnación, el acto administrativo controvertido continuará siendo una “rescisión unilateral” decretada a causa del incumplimiento de la cocontratante, que no da lugar a indemnización al cocontratante, y no una “revocación por cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia”, como pretende interpretar la empresa.

Por lo tanto, la demanda debe ser rechazada —aun de oficio— por no reunir las condiciones necesarias para obtener una sentencia favorable —más precisamente, la impugnación contemporánea del acto administrativo—, lo cual en el caso surge de modo *manifiesto*. Ello de conformidad con una corriente doctrinaria y jurisprudencial según la cual los jueces no deben dar curso a aquellas demandas improponibles, ya que tramitar un juicio extenso que será irremediablemente rechazado por ausencia *manifiesta* de alguna de las condiciones de fondo, resulta contrario al *principio de economía proce-*

sal, en virtud del cual deben simplificarse, abreviarse, abaratarse los procesos, y evitar el dispendio jurisdiccional inútil.

b) Pero aun cuando consideráramos, como sostuvo la Cámara, que la demanda contiene dos pretensiones —la resarcitoria y la impugnatoria del acto lesivo—, lo cierto es que la presente acción fue iniciada en forma extemporánea, ya que había vencido ampliamente el plazo de caducidad de la acción previsto en el art. 100 de la ley 19.987, como acertadamente lo desarrolla la Cámara a fs. 336 vta., aparts. VII y VIII.

En ese caso, debería admitirse la excepción interpuesta por el GCBA a fs. 208/212, y declarar no habilitada la instancia judicial, en los términos de los arts. 273 y 274 de la ley 189.

6. No escapa a mi conocimiento que una de las facetas del derecho constitucional a la “tutela judicial efectiva” (contemplado en el art. 8º, CADH) es el acceso a una sentencia motivada y fundada, que resuelva la cuestión planteada, más allá de que acoja o rechace la pretensión planteada.

Sin embargo, para que la pretensión planteada por un sujeto sea sustentada, abierta a prueba y resuelta mediante una sentencia que se expida sobre el fondo del asunto, debe cumplir los requisitos de admisibilidad inherentes al tipo de pretensión. Es decir, *no toda pretensión debe necesariamente ser tramitada, sino solo aquellas que cumplan dichos requisitos*, porque de lo contrario —y como desarrollara precedentemente— se incurriría en un dispendio jurisdiccional innecesario, que conducirá a un resultado conocido desde el inicio —el rechazo de la acción—, y que además implicará un perjuicio para el propio accionante, quien deberá afrontar los costos que implica la inútil tramitación de un proceso judicial.

Ello, obviamente, cuando no existen dudas sobre la improcedencia de la demanda —como ocurre en este caso—, ya que si existiera la más mínima duda, debería abrirse la causa a prueba para darle la posibilidad al litigante de probar sus alegaciones, más allá del resultado final del juicio.

7. *Obiter dictum*, y a fin de agotar el tratamiento de la cuestión, aún si analizáramos el caso desde la óptica de la *responsabilidad del estado por actividad lícita* —lo cual es pretendido por la actora, pero, como hemos visto, es improcedente—, la demanda debería ser rechazada.

En efecto, el dec. 152/97 dispuso como “sanción” la “rescisión” unilateral del contrato administrativo (art. 1º), y por ello no contempló una indemnización a favor del cocontratante, sino que por el contrario intimó a la empresa La Escalera Norte a abonarle al GCBA la suma de \$ 376.980 en concepto de reembolso por el incumplimiento constatado, sin perjuicio de la determinación final por parte de la Contaduría General de la Ciudad (art. 4º).

En los términos planteados en el decreto emitido por el Jefe del GCBA, *no existe derecho a indemnización por parte del cocontratante*, sino que por el contrario el Estado local tiene derecho a resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la empresa.

Ello de conformidad con lo establecido en el art. 59 del Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación de Concesiones de uso de bienes del dominio municipal, que establece que “Las consecuencias de la extinción podrán ser las siguientes: *Por culpa del concesionario*: Sin perjuicio de las multas que debiere afrontar, perderá las garantías aportadas y responderá por todos los daños u perjuicios que cause, incluido lucro cesante de la administración ...” (véase fs. 137). Dicho artículo es aplicable al caso en virtud de lo regulado por el art. 62 del citado cuerpo legal, que dispone la extinción del contrato por declaración unilateral del concedente ante incumplimientos graves del concesionario, “...tendrá los efectos de ‘por culpa del *Concesionario*’ establecidos en el art. 59...” (fs. 138).

Por lo tanto, como la normativa citada expresamente excluye la posibilidad de reclamos indemnizatorios por parte del cocontratante, la demanda debería ser rechazada en virtud de su improponibilidad, por los fundamentos expuestos en el punto 5, apart. a) *in fine*.

8. Por todo ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, considero que debe rechazarse el recurso de apelación deducido por la actora y confirmarse la sentencia recurrida, con costas a la perdedora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAYT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, en que el recurso de apelación ordinario es formalmente admisible.

2. El dec. 152/97 rescindió el contrato que unió a las partes “... por graves incumplimientos de la sociedad concesionaria...”, además, intimó a la empresa para que abonara al GCBA la suma de \$ 376.980 —sin perjuicio de la determinación final del importe que correspondiere— por no haber concretado las obras comprometidas (art. 4º). La recurrente afirma que su demanda persigue el reconocimiento de un derecho nacido en el marco de la relación contractual que la vinculó con la parte demandada, sin cuestionar la legitimidad del decreto citado. La ausencia de una pretensión impugnatoria, a su criterio, la eximiría de cumplir las condiciones de admisibilidad que llevaron al *a quo* a declarar no habilitada la instancia.

3. Tal como afirmó la Sala I y el dictamen fiscal de cámara, es jurisprudencia aceptada aquella según la cual no es admisible la acción por cobro de pesos o indemnización de daños, sin impugnar dentro de los plazos legales, la legitimidad del acto administrativo cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado (fs. 332/333, 335/336 y sus citas). En el caso, justamente, los términos del dec. 152/97 *supra* transcritos, excluyen el pago del resarcimiento pretendido. El incumplimiento contractual allí imputado a la concesionaria resulta incompatible con la posibilidad de reconocer una reparación, fundada en la necesidad de indemnizar daños ocasionados por la potestad que, según

la actora, habría ejercido el concedente al revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Toda vez que el dec. 152/97 no fue impugnado en sede judicial de manera oportuna (conf. art. 100, ley 19.987), la presunción de legitimidad que ostenta y la caducidad de la instancia judicial representan un obstáculo que impide a la judicatura desconocer los fines y efectos que la administración quiso producir al emitirlo. Así las cosas, los jueces no podrían expedirse en contradicción con el contenido del dec. 152/97 sin menoscabar las prerrogativas de la Administración y el principio de división de poderes. La imposibilidad de revisar judicialmente los actos administrativos en cualquier momento y sin petición de parte legitimada prohíbe también resolver las contiendas soslayando el contenido de aquéllos, ya que no se puede prescindir de su aplicación y privarlos de efectos sin antes declarar su invalidez. El carácter irrevisable que ostenta la rescisión dispuesta “por culpa del concesionario”, en tanto ella no fue impugnada oportunamente, impide admitir la tramitación de una demanda dirigida a obtener un resarcimiento fundado en que la ruptura del vínculo fue decidida, en realidad, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. Es decir, no resulta admisible una acción contencioso administrativa que procure obtener el reconocimiento de créditos incompatibles con lo dispuesto por un acto administrativo cuya validez no puede ser revisada. La instancia judicial no puede considerarse habilitada cuando la sustanciación de la demanda implica soslayar la obligación, que pesa sobre la actora, de impugnar oportunamente el acto administrativo cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado.

4. Las circunstancias del caso, tampoco permiten que la actora opte por encuadrar la cuestión como un supuesto de responsabilidad por actividad lícita ajeno a los presupuestos de admisibilidad analizados.

En efecto, más allá del carácter ubicuo de la demanda, funcional a la estrategia desplegada por la accionante, lo cierto es que, tanto al contestar las excepciones opuestas por el GCBA, como al responder el memorial de agravios contra la sentencia que tuvo por habilitada la instancia, la actora intentó encuadrar su pretensión resarcitoria como un supuesto de responsabilidad del estado por actividad lícita (véanse fs. 240 vta. y 311). Sin embargo, según adelanté, esa posibilidad no era viable. Cuando la administración revoca un acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, el afectado podría optar entre, reclamar la indemnización por actividad lícita, prevista actualmente en el art. 18, L.P.A. con alcance restringido al daño emergente o, caso contrario, solicitar la nulidad del acto para demostrar la existencia de un supuesto de responsabilidad por actividad ilegítima que merezca una reparación eventualmente más amplia. En cambio, cuando la autoridad administrativa declara, como en el caso, que la rescisión del contrato obedece a incumplimientos del concesionario, aquella opción no existe. Para que progrese el pedido de reparación de daños y perjuicios es necesario, en primer término,

desvirtuar la causa que motivó el acto administrativo generador del daño (v. gr., culpa del concesionario). Una solución contraria implicaría admitir que el administrado puede evadir las condiciones de impugnabilidad de los actos administrativos mediante el simple artilugio de calificar el obrar de la Administración como lícito y crear con ello un recurso contra un pronunciamiento administrativo ya firme por falta de impugnación adecuada. Esto, a su vez, justifica que no se difiera la decisión del punto para el momento en que se dicte la sentencia de fondo. Ello así por cuanto está en juego la observancia de los presupuestos y condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa así como la necesidad de evitar la sustanciación de un juicio cuyo progreso, en los términos propuestos, se sabe imposible.

5. Finalmente, es oportuno señalar que resulta lícito que la administración rescinda un contrato si estima que la contraparte no cumple con las obligaciones asumidas. Sin embargo, esa actividad no es la que puede dar sustento a una indemnización cuya fuente sea la responsabilidad del estado por actividad legítima. Esta última abarca los casos en los que el ejercicio de una potestad estatal provoca un sacrificio especial, a quien no tiene el deber de soportarlo, en beneficio de toda la comunidad. El dec. 152/97 puede haber provocado daños a la actora mas ellos obedecen, en tanto el concesionario no impugnó ese acto en tiempo oportuno, a incumplimientos de la propia demandante.

Por las razones dadas, la instancia judicial no puede ser habilitada. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Con costas (art. 62, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso ordinario de apelación interpuesto por la parte actora es procedente desde el punto de vista formal, por las razones que expresa el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en el punto 1 de su voto, al que adhiero.

Sin embargo, como se verá, el mismo no puede prosperar.

2. La Escalera Norte S.A. promovió una demanda de daños y perjuicios contra el GCBA (fs. 181/196). Según explica la actora en su escrito de inicio, “(1) a causa que da origen a esta embestida (*sic*) fue la rescisión unilateral del contrato de concesión de uso de bienes del complejo Costanera Norte-Espigón, sito en Av. Costanera Rafael Obligado s/nº, de esta ciudad, resuelta por el señor Jefe de GCBA, mediante dec. 152 del 13 de febrero de 1997” —conf. punto IV) causa, fs. 181 vta.

La parte actora destaca al iniciar este juicio que “(1) a presente demanda mostrará a V.S. que los presupuestos que fundamentaron los considerandos para decretar la rescisión del contrato de uso de bienes del Complejo Costanera Norte-Espigón [graves incumplimientos de la sociedad concesionaria], fueron falsos” (fs. 182 —el texto entre corchetes ha sido añadido—). A lo

sumo, sostiene la actora que si la Administración había detectado algún incumplimiento debía intimarla antes de sancionarla (fs. 184 vta.).

Asimismo, La Escalera Norte S.A. en la demanda afirma que el GCBA al rescindir el contrato efectuó un erróneo encuadre legal de la cuestión, dado que, en realidad, lo que deseaba era cambiar el destino de la concesión a ella otorgada y, en consecuencia, debería haberla revocado no por graves incumplimientos —que en su concepto no existieron— sino por razones de oportunidad, mérito y conveniencia —indemnizando los perjuicios generados—. En sus propias palabras, la parte actora manifiesta que el dec. 152/97 “contiene una legitimidad ‘aparente’ ya que oculta la verdadera intención de extinguir una concesión que no le interesa porque prefiere desde su óptica política darle otro destino” (fs. 186).

En términos de la propia actora, “(l)os daños que nuestra representada sufriera como consecuencia de la rescisión unilateral e intempestiva del contrato por parte del GCBA, tienen su origen en el dec. 152 de marras, siendo por ello a su cargo la reparación de los perjuicios” (fs. 188).

3. Así las cosas, a partir del marco propuesto en el escrito de demanda, el razonamiento básico que desarrolla la Cámara en la sentencia impugnada por la actora es el siguiente: *a)* La demanda de La Escalera Norte S.A. contiene una *pretensión resarcitoria* que en realidad se encuentra supeditada a la estimación de una *pretensión impugnatoria* de un acto administrativo —el citado dec. 152/97—; *b)* Corresponde determinar, a la luz del régimen jurídico aplicable al caso, si se encuentra habilitada la instancia judicial, y *c)* Toda vez que al momento de interposición de la acción se hallaba holgadamente vencido el plazo de caducidad para intentar obtener la nulidad del dec. 152/97 que resolvió la rescisión del contrato que vinculaba a las partes (y como el acogimiento de la *pretensión impugnatoria* es una condición indispensable para la procedencia de la reparación pecuniaria pretendida), se impone denegar la habilitación de la instancia judicial, según lo establece el art. 274, CCAyT (fs. 335/336 vta.).

4. Ahora, el argumento que desarrolla la actora en su memorial es distinto al delineado en su escrito de demanda, pues se construye a partir de la siguiente premisa: la procedencia de la *pretensión resarcitoria* no depende de la estimación del acto administrativo de rescisión, pues en el presente juicio simplemente se persigue el reconocimiento de un derecho preexistente al mismo, nacido en el marco de una relación contractual. En otras palabras, se sostiene que el derecho cuyo reconocimiento se pretende no depende de la declaración de ilegitimidad del acto administrativo de rescisión sino que, por el contrario, se sustenta en los deberes y obligaciones asumidas por las partes al contratar (fs. 350/358 vta.).

5. Luego de esta breve reseña de los antecedentes relevantes de la causa, puedo afirmar que comparto los fundamentos de la sentencia de Cámara que declaró no habilitada la instancia judicial.

En mi concepto, de la lectura del escrito de demanda se desprende con nitidez que la recurrente, en orden a obtener el resarcimiento económico que estima le corresponde, en definitiva, pretende demostrar que el acto administrativo que decretó la rescisión de su contrato es injusto o, mejor dicho, se encuentra viciado. Para arribar a esta conclusión he efectuado un ejercicio sencillo (rudimentario si se quiere). En mi caso, he prescindido de todas las referencias que el escrito de demanda contiene sobre los supuestos vicios del dec. 152/97 y en especial sobre la idea de que en el caso el GCBA debió haber revocado el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y no por razones de ilegitimidad. Pues bien, como resultado, ni un sólo argumento para sostener la acción ha quedado en pie.

6. Es claro que el GCBA no revocó el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sino porque consideró que la concesionaria había incurrido en incumplimientos graves. En la parte dispositiva del dec. 152/97, el Jefe de Gobierno de la Ciudad resolvió “rescindir el contrato de concesión de uso de bienes del Complejo Costanera Norte-Espigón celebrado entre “La Escalera Norte S.A.” y la ex MCBA por graves incumplimientos de la sociedad concesionaria” (art. 1º). Y no sólo eso. El GCBA, además, intimó a la empresa para que le abonara una suma de dinero “por el incumplimiento de las obras comprometidas”, dando por perdidos los depósitos de garantía, avales o fianzas oportunamente constituidas (arts. 4º y 5º).

En estas condiciones, ¿podría prosperar una pretensión indemnizatoria en los términos planteados en la demanda de La Escalera Norte S.A. cuando ya no se puede revisar válidamente el acto administrativo de rescisión que, justamente, excluye el resarcimiento en favor del concesionario? La respuesta es negativa. El otorgamiento por vía judicial de la indemnización que se requiere en este proceso sería palmariamente incompatible con aquella decisión administrativa ya irrevocable. Acto y sentencia no podrían coexistir en el mundo jurídico. Es sabido que la acción por cobro de pesos o indemnización de daños que inicia un contratista del Estado no puede prosperar si no se ha impugnado en tiempo y forma el acto administrativo cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado. El GCBA, justa o injustamente, rescindió en forma unilateral el contrato que la unía a la concesionaria y no le reconoció derecho a indemnización. Esta decisión administrativa quedó firme. Por ello, la suerte de esta demanda, en los términos en que ha sido formulada, se encuentra sellada. Decidir de otra manera resentiría el principio de división de poderes.

Para finalizar, debo destacar que el presente caso no se ha planteado oportunamente como una cuestión de responsabilidad del Estado por actividad lícita. En ningún tramo de su demanda La Escalera Norte S.A. intenta demostrar en forma concreta que se encuentren reunidos los presupuestos básicos indispensables para que una indemnización por este motivo pueda resultar procedente. Insisto, la demanda intenta demostrar que los incumplimientos graves que llevaron a la Administración a la extinción unilateral del contrato en realidad no

existieron y que si se deseaba poner fin a la relación se debía disponer, en todo caso, una revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. Tales argumentaciones sólo podrían abordarse si no hubiera operado el plazo de caducidad de la acción contencioso-administrativa para discutir el acto de rescisión que se reputa, así, ilegítimo. Por lo demás, el supuesto derecho preexistente nacido de la relación contractual (e independiente del acto de rescisión) que se invoca en el memorial de fs. 350/358 en ningún momento se identifica de manera clara, precisa y suficiente en la demanda, a la luz del plexo jurídico que disciplina el vínculo establecido entre las partes.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por la parte actora. Con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, de conformidad con el dictamen del Señor fiscal general adjunto, y como resultado de la votación que antecede,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de apelación deducido por la parte actora, con costas.

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

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

VII

“TECNO LATINA S.R.L. S/QUEJA
POR RECURSO EXTRAORDINARIO, DENEGADO,
EN: ‘GCBA C/TECNO LATINA S.R.L. S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO DE QUEJA: Omisión de depósito

Expte. nº 4346/05 - 8/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Acude en queja ante este Tribunal “Tecno Latina S.R.L.”, por la denegación del recurso extraordinario interpuesto (fs. 11/13).

El juez de trámite intimó a la recurrente a cumplir con el depósito previsto para las quejas, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de declarar desistido el recurso (fs. 16, punto III), lo que fue notificado por cédula a la parte (fs. 17).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Al haberse vencido el término de la intimación cursada sin que la sociedad recurrente cumpliera con el depósito, corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34, párr. 3º, de la ley 402, declarar desistido el recurso de queja interpuesto por la parte.

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

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* desistido el recurso de queja interpuesto.

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

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

VIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘PONZONI, MANUEL EDUARDO S/INF. ART. 189 BIS, PÁRR. 3º, C.P.’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Investigación penal preparatoria. Plazo razonable de duración. Perjuicio de imposible reparación ulterior. Sentencia definitiva. Interpretación de normas infraconstitucionales. Defensor oficial. Pago de depósito. Exención. Beneficio de litigar sin gastos

Expte. nº 4170/05 - 10/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor oficial de Manuel Eduardo Ponzoni acude en queja ante este tribunal (fs. 61/74) impugnando la resolución de la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas del 18/8/2005 (fs. 16/18) que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 49/60) interpuesto contra la resolución del 27/5/2005 (fs. 11/15) que declaró mal concedido el recurso de apelación presentado contra la decisión de la jueza de primera instancia (fs. 20/22) que no hizo lugar a la excepción de falta de acción promovida por el recurrente (fs. 23/33), quien solicitó el archivo de las actuaciones por haber transcurrido en el caso el plazo máximo de duración de la investigación penal preparatoria (art. 56, inc. 2º, ley 12).

2. La Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad (fs. 16/18) por considerar que no estaba dirigido contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402) ni equiparable a tal, en tanto no ocasionaba al presentante un gravamen de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior. Sostuvo, asimismo, que el recurso sólo ponía de relieve una discrepancia de criterio en la aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales, circunstancia que no permite, según la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Superior, en principio, habilitar la vía extraordinaria intentada.

3. En la queja, el defensor oficial sostuvo que la resolución que el recurso denegado impugna debe ser considerada equiparable a una sentencia definitiva debido a que la consecuencia del rechazo de la excepción de falta de acción que interpuso (resoluciones de fs. 20/22 y 11/15) es la continuación del proceso y el sometimiento de Ponzoni a éste “más allá de los límites temporales que el Estado ha fijado como aceptables e insuperables”, lo que acarrea la “prolongación del estado de incertidumbre y de restricción de los derechos constitucionales que todo proceso penal genera por su sola apertura y subsistencia”, situación a la que su defendido se encuentra sometido hace más de 3 años (véase fs. 65 vta./66).

A criterio del recurrente, la limitación temporal objetiva establecida por el art. 56, inc. 2º del CPCCN para la duración de la investigación penal preparatoria —aplicable al caso tras la entrada en vigencia de la ley 1287— “puede ser interpretada como la reglamentación del derecho que todo imputado tiene a ser juzgado en un plazo razonable y a obtener un pronunciamiento que ponga fin, definitiva e irrevocablemente, a la situación de incertidumbre que le genera la circunstancia de encontrarse sometido a un proceso de naturaleza penal” (fs. 67).

En este sentido, luego de explicar las razones por las que, a su entender, esa disposición debe ser aplicada, ensaya distintas variables para realizar el cómputo del plazo máximo de duración de la investigación penal preparatoria y concluye en que, al haber sido superado aquél que prevé el art. 56, inc. 2º, ley 12, corresponde el archivo de las actuaciones. De otro modo, señala, se estaría vulnerando:

- a) la garantía de duración razonable del proceso consagrada en los arts. 7.5 y 8.1, CADH, 14.3.c, PIDCP —art. 75 inc. 22, C.N.— y 10, CCBA, dado que el incumplimiento de los plazos previstos en el art. 56, inc. 2° de la ley 12, supone un exceso en la duración razonable del proceso seguido a Ponzoni; y
- b) el principio de legalidad, el de división de poderes (arts. 1°, 18 y 31, C.N., y 1° y 10, CCBA), “principio de razonabilidad y (...) la garantía de la defensa en juicio...” (fs. 72/73). Ello en tanto —a su criterio— los jueces omitieron la aplicación de las pautas establecidas en el art. 56, inc. 2°, CPCCN y sostuvieron la razonabilidad de la duración de la investigación sobre la base de criterios que corresponden a casos en los que la legislación no ha establecido un plazo máximo de duración del proceso penal, así como de argumentos vinculados a la conveniencia o la razonabilidad político-criminal de aquella decisión legislativa, abandonando la posición de equidistancia entre las partes que les corresponde.

Por otra parte, el defensor solicitó que se exima a su defendido del depósito establecido por el art. 34, ley 402, debido a que se trata de una presentación realizada por el Ministerio Público de la Defensa. Subsidiariamente, peticionó que se declare la inconstitucionalidad de la obligación de constituir dicho depósito. Por último, puso de resalto que el imputado solicitaría la concesión de un beneficio de litigar sin gastos, el que finalmente le fue concedido, según surge de las constancias agregadas a fs. 82/90.

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, manifestó al Tribunal que la queja deducida debía ser rechazada por los mismos argumentos que expusieron los jueces de la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 79).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, ella debe ser rechazada.

2. La Cámara sostuvo que la decisión de primera instancia que rechazó la postura del recurrente no era susceptible de apelación. Consecuentemente con ello, la parte dispositiva comienza por declarar mal concedido el recurso. En tales condiciones, la resolución apelada no sería definitiva, toda vez que no lo son las que se limitan a declarar inadmisibles recursos (*Fallos*, 233:31; 236:323, entre muchos). Empero, ya en esa oportunidad, el *a quo* se expidió acerca de la correcta inteligencia del art. 56, inc. 2° de la ley 1287 (ref. ley 1330); y cuando denegó el recurso de inconstitucionalidad lo hizo con base en que los agravios del recurrente versarían acerca de la interpretación del derecho infraconstitucional, sin desechar su relación con lo resuelto sino, en

todo caso, la que podrían tener con la CCBA. Ello importa entender, por cierto en bien del apelante, que la sentencia tiene el contenido que éste le atribuye, esto es, uno que rechaza su planteo fundado en el vencimiento del plazo previsto en el mentado artículo.

Como lo indicaron el fiscal general adjunto y los jueces de la Cámara, esa decisión en cuanto rechaza el pedido de la aplicación del art. 56, inc. 2º, L.P.C. no es una sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, pues no pone fin al pleito ni torna imposible su continuación. Tampoco muestra la recurrente que pueda ser equiparada, por sus efectos, a una de esa especie (conf. TSJ *in re* “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° 3338/04, resolución del 1/12/2004 y sus múltiples citas); ni invoca un derecho constitucional sólo susceptible de tutela inmediata. Esto último, porque lo que está en juego es exclusivamente la posibilidad de que el agotamiento de un plazo haya producido por imperio de la ley la caducidad del poder del fiscal de formular la acusación. Pero, más allá de la solución de este punto —que eventualmente podría ser traído a consideración del Tribunal en ocasión de la definitiva en tanto subsistiera el agravio y quedaran reunidos los demás requerimientos del recurso de inconstitucionalidad— no se invoca ni la inconstitucionalidad de la ley por prever un trámite cuya prolongación sea incompatible con el derecho a la duración razonable del proceso, ni una aplicación por parte del juzgador que arroje semejante resultado.

3. En efecto, la recurrente cuestiona el modo en que se aplicó el art. 56, inc. 2º del CPCCN invocando que la investigación preparatoria en este proceso excedió el plazo legalmente previsto como límite máximo con menoscabo del derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable (fs. 67). Empero, no es la investigación en el sentido inequívoco de la ley, esto es, como conjunto de actos del fiscal, lo que aqueja al recurrente, sino el muy prolongado lapso que duraron las actuaciones judiciales, en buena medida, consumido para dilucidar una cuestión de competencia territorial pendiente, la cual no demuestra que le haya provocado detrimentos de sus libertades que excedan la normal carga de soportar una investigación estatal.

Por las razones dadas, el recurso ha sido bien denegado y voto por rechazar la queja planteada.

4. Finalmente, en tanto el Sr. Ponzone obtuvo la concesión del beneficio de litigar sin gastos que solicitara ante primera instancia (fs. 82/90), no corresponde exigir el depósito previsto por la ley 402 (art. 34, párr. 2º, y art. 3º inc. f), de la ley 327); ello, además, torna insustancial el pronunciamiento sobre los planteos formulados en el punto II, apartado A de la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo sostiene el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, el presente recurso de queja debe ser rechazado.

Este Tribunal ha expresado en numerosas oportunidades que “(l)as decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402” (conf. TSJ *in re* “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° 3338/04, sentencia del 1/12/2004, entre muchos otros).

La resolución que se intenta impugnar, tal como lo explica el señor juez Lozano, tampoco puede ser equiparada a una sentencia definitiva, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Es sabido que una cuestión constitucional resuelta por una decisión no definitiva durante la tramitación del proceso, por regla, no habilita la vía intentada, pues será susceptible de ser conocida por este Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia definitiva, si persisten y se mantienen correctamente los agravios pertinentes.

Por ello, el recurso de inconstitucionalidad de la defensa fue correctamente declarado inadmisibile por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (conf. este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ortega, Claudio Roberto s/inf. art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4242/05, sentencia del 13/10/2005).

2. En lo que hace al pago del depósito de la queja, toda vez que el recurrente ha acreditado haber obtenido un beneficio de litigar sin gastos, el mismo no resulta exigible.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como lo señala el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, el recurso de queja no puede prosperar pues no se dirige contra una sentencia definitiva, y, el recurrente no acreditó razones para equipararla a tal (art. 27, L.P.T.), en tanto, la decisión objetada no pone fin al pleito ni impide su continuación.

En síntesis, sus planteos se centran en señalar su disconformidad con el modo como se interpretó una norma infraconstitucional (art. 56.2, L.P.C.) referida al plazo de duración de la ‘investigación penal preparatoria’ y al momento en el cual corresponde iniciar el cómputo del plazo previsto en ella. En consecuencia, al no pretender demostrar la existencia concreta de demoras irrazonables en la tramitación del caso, omitió indicar de qué manera el mero transcurso del plazo (en el cual, sus defendidos permanecieron sometidos a proceso) le ocasionó un gravamen de tal magnitud que justifique la intervención anticipada de este TSJ para resolver acerca de la continuación o cierre de la presente causa.

Estas razones me eximen de analizar los restantes agravios.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Tengo la impresión de que debo revisar las decisiones expuestas en el punto 3 de mi voto en el expte. n° 3790/05 (“Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Kim, In Jung s/art. 74 del Cód. Contrav.’”, resolución del 1/6/2005), en el punto 1 de mi voto en los exptes. n° 3070/04 y n° 3071/04 (“Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis, C.P.’”, sentencia del 2/7/2004) y en el punto 2 de mi voto en el expte. n° 1215/01 (“Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido, en: ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente clausura— apelación’”, resolución del 19/12/2001). Allí afirmaba que existen garantías que, ya expresa, ya racionalmente, adelantaban la necesidad de controlar su observancia —carencia o existencia de lesión constitucional— por la vía de un recurso de inconstitucionalidad a un período procesal anterior a la sentencia definitiva (última decisión de un tribunal de mérito). Me parecían paradigmáticos los ejemplos relativos al *ne bis in idem* y a la garantía del *plazo razonable de duración del proceso* o, dicho de otro modo, al *derecho a un juicio rápido*.

Sin embargo, la situación que describo sucede con cualquier lesión procesal. Tomemos como ejemplo el *derecho de defensa*, en cualquiera de sus manifestaciones. Allí también la lesión es siempre anterior a la sentencia definitiva, incluso el extremo del *derecho al recurso del condenado*, pues lo que expresa esta última garantía implica que la sentencia de mérito no es definitiva dado que falta una instancia de mérito a la que el condenado tiene derecho a acceder. De allí que en este último caso deba exigirse al menos que la sentencia sea *pretendidamente* definitiva, según la ley aplicable.

2. De tal manera, todas las garantías del procedimiento permitirían, antes de su finalización, operar el recurso de inconstitucionalidad y ello resulta claramente adverso a la exigencia del art. 27 de la ley 402, que sólo permite ese recurso una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

¿Qué sucede cuando en instancias previas del procedimiento el recurrente advierte que ha transcurrido el plazo razonable y que, por ello, no es posible dictar sentencia condenatoria al final de todos los períodos del proceso de conocimiento, sino que, como la ley o la garantía lo indican, debe cesar la persecución penal? (en este sentido se pronuncia y se pide aplicación de la norma contenida en el art. 56, inc. 2°, de la ley local 12 [L.P.C.], adicionada por la ley 1287 de recepción procesal de las competencias penales trasferidas [redacción según ley 1.330]). Parece correcto responder a esta pregunta mediante la indicación de que las resoluciones judiciales admiten o no admiten recursos, según

la ley que menciona los tipos de recursos admisibles para una resolución judicial determinada. En el caso de autos resulta admisible que la decisión del juez actuante, en una excepción planteada por quien es perseguido penalmente, sea revisada por otro tribunal de mérito, de mayor integración, a saber, la Cámara de Apelaciones respectiva; pero esa decisión no admite, por tratarse de una resolución interna del procedimiento —y no tratarse de la última decisión de mérito— la impugnación mediante el recurso de inconstitucionalidad.

3. Una explicación idéntica, pero de tipo académico. Es correcto afirmar que el plazo de culminación de un procedimiento es un *presupuesto procesal* del poder de condenar o de aplicar una pena; equivaldría decir que se trata de una *condición objetiva de punibilidad*. Pero también es correcto explicar que estos variados presupuestos procesales —por ej., la instancia privada cuando es necesaria; el privilegio constitucional de no ser perseguido que ostentan algunos funcionarios, hasta tanto no se materialice el desafuero—, son invocables mediante las excepciones pertinentes (en general: falta de acción) ante los jueces de mérito que tramitan o controlan la persecución penal. El rechazo por ellos de la excepción carece, en la ley indicada, de la posibilidad de impugnación extraordinaria pertinente, pues, por tratarse de una decisión intermedia y no constituir una sentencia final, no es pasible de un recurso extraordinario reservado para aquella última. Esto quiere decir que la ley prefiere, conforme a la organización judicial respectiva, que los procedimientos no sean interrumpidos durante su transcurso por la interposición de recursos extraordinarios, y que los tribunales de mayor jerarquía sólo intervengan cuando exista un agravio final para el recurrente, pues el error que este último advierta mediante la excepción y su recurso ordinario puede desembocar en una sentencia adversa, esto es, el error puede no subsanarse por sí mismo.

4. ¿Qué sucede ahora con la invocación del vencimiento del plazo razonable? Sólo se constata que, oportunamente, el recurrente advirtió el defecto por los medios que la ley le concede y, por tanto, afirmó como ilegítima la persecución penal posterior. Ello debería determinar, de tener razón el invocante, la absolución en la sentencia por transcurso total del plazo razonable para la realización del juicio. Si fuera absuelto en la sentencia ello sólo daría lugar eventualmente a una reparación posterior del Estado, medida de conformidad con el plazo excedido de persecución. Si, en cambio, el invocante fuera condenado, la advertencia permitiría la interposición del recurso de inconstitucionalidad, referido a la garantía que venimos nombrando, sin mengua alguna, en busca de su absolución, más las consecuencias reparatorias civiles que anticipamos.

5. De tal manera, estimo que, a pesar de que el gravamen pueda ser irreparable en términos de devolución temporal —vida sin persecución penal—, la decisión agota la posibilidad de ser recurrida en la resolución de mérito de la Cámara sobre la excepción y el recurrente conserva el derecho de hacer valer su criterio en contra de una eventual sentencia condenatoria. Con ello, no hay duda que rechazo el recurso de queja y que, al mismo tiempo, me

desdigo de algo que afirmé como fundamento en los tres procesos antes mencionados. La ley es la que, en principio, decide cuántos y qué controles (jerárquicos) debe soportar una decisión judicial.

6. Por último, según lo expuse con anterioridad (véase, *inter alia*, resolución como juez de trámite en el expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3°, inc. a], ley 327), no corresponde intimar al defensor oficial (órgano del Ministerio Público según la propia CCBA) al pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado; menos aún pesa ese deber sobre el recurrente, puesto que, en este caso, ha sido concedido un beneficio de litigar sin gastos en favor de su defendido (conf. fs. 82/89). En consecuencia, resulta evidente que, sobre el punto, el defensor oficial tuvo razón al plantear su petición originaria (conf. punto II, A, del recurso de queja bajo análisis).

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 61/74.

2°. Mandar que se registre, notifique y oportunamente se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que sea agregada a los autos principales.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta sentencia por estar en uso de licencia.

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

IX

“LOCALES ALTOS EN PUERTO MADERO
S/INF. ART. 83 DEL CÓD. CONTRAV. S/QUEJA POR RETARDO,
PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA”

**RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN
O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Admisibilidad. Tribunal
Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.
Restitución de bienes secuestrados. Existencia de vías procesales**

Expte n° 4571/06 - 15/2/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 86/89 se presenta ante el Tribunal el Sr. Mario Alberto Cisnero, quien invoca —pero no acredita— el carácter de representante legal de “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación”, e interpone “recursos de hecho por denegación de justicia e inconstitucionalidad”, en los términos del art. 53, de la ley 12, y del art. 26, incs. 4º y 5º, de la ley 7.

2. Del relato efectuado por el peticionario y de las copias de los recursos que acompañó —pues no presentó las copias de las actas de clausura ni de las resoluciones de primera y segunda instancia, como afirma a fs. 88 vta., último párrafo— se desprende lo siguiente:

- a) En la causa 18860-18872, caratulada “Locales Altos en Puerto Madero s/infr. art. 83 del Cód. Contrav. (denunciantes Riciutti, Eduardo y Porrás, Alfredo)” que tramita ante el Juzgado en lo Contravenacional y de Faltas N° 15, el magistrado interviniente convalidó la clausura parcial y secuestro de bienes (mesas y sillas) dispuesta por la Fiscalía N° 9 del fuero por uso indebido del espacio público, y que afectó entre otros locales gastronómicos al de su representada (restaurant Spettus).
- b) El peticionario apeló la decisión aludida.
- c) El 3/2/2006 el juez de primera instancia dispuso el levantamiento de las clausuras pero no la restitución de los bienes secuestrados.
- d) En consecuencia, el presentante interpuso ante el juzgado de primera instancia un recurso de aclaratoria con apelación en subsidio contra esa decisión (porque “...consideró un simple olvido a la falta de disposición sobre los bienes secuestrados”) y, paralelamente, mantuvo el recurso de apelación oportunamente interpuesto “solo respecto del referido secuestro”.
- e) El 6/2 la Cámara de Apelaciones resolvió el recurso de apelación y declaró abstracto expedirse sobre la clausura porque ya había sido levantada, en tanto “evit[ó] expedirse sobre el secuestro y/o restitución de bienes, so pretexto que existiría falta total de argumentación al respecto”.
- f) A su vez, el juez de primera instancia decidió, por un lado, que “nada hay que aclarar respecto de la resolución del 3/2, por cuanto el secuestro habría sido evaluado, pero respecto de otro damnificado y en una resolución anterior”, y por otro, “deneg[ó] la apelación subsidiaria porque sobre ella ya se habría expedido el superior...”.

3. A partir de los hechos reseñados, el peticionario sustenta su presentación ante este Tribunal en los siguientes argumentos:

- a) No obstante haberse levantado la “ilegal clausura conforme los considerandos del juez de la causa, se mantiene el secuestro de los bienes, cuyos fundamentos... no difieren de los que sirvieron para la... ilegal clausura”.

- b) “Ambos tribunales inferiores... ya se han expedido denegando la restitución que nos trae a esta instancia...”
- c) “La omisión de tratamiento en que expresamente se coloca el juez de la causa, haciendo referencia a lo resuelto para otro de los peticionantes impugnantes, sin siquiera transcribirlo al resolver nuestro pedido, constituye lisa y llanamente, no solo la privación de los bienes, sino también una deliberada denegación de justicia...”.

4. En forma subsidiaria también interpone en esta sede “recurso de inconstitucionalidad”. Lo fundamenta en la “privación del derecho de propiedad”, en tratarse el caso de “la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en la de la Ciudad”, y en que “tampoco es solución que el replanteo de una medida cautelar como el secuestro de bienes aquí cuestionado, y que como tal no causa estado por lo que siempre resulta revisable, se lo haga ante la Cámara de Apelaciones... cuando ese Tribunal en estos actuados ha decidido que la convalidación del secuestro de bienes no resulta apelable conforme reiterada jurisprudencia de ese mismo tribunal...”.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Con los datos reseñados *supra* y conforme la doctrina sentada por el Tribunal *in re* “Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, expte. n° 4113/05, resolución del 31/8/2005, se advierte que el planteo que se introduce no constituye un supuesto de denegación de justicia en los términos de los arts. 113, inc. 4°, CCBA, 26, inc. 5°, de la ley 7 y 36 de la ley 402.

Ello es así, porque según refleja el relato del presentante hubo no una sino dos decisiones judiciales, que resolvieron acerca de su petición de restitución de los bienes secuestrados, más allá de si son justas o injustas o de su acierto o error.

La primera, la decisión de la Cámara de apelaciones que, según las propias palabras del presentante, “evit[ó] expedirse sobre el secuestro y/o restitución de bienes, so pretexto que existiría falta total de argumentación al respecto”.

La segunda, la resolución del juez que no hizo lugar a la aclaratoria y denegó la apelación interpuesta subsidiariamente.

En ambos casos había remedios procesales a los que acudir, amén de que —como el mismo peticionario reconoce— atento a la naturaleza de la cuestión, lo resuelto por el señor juez de primera instancia en relación a los bienes secuestrados no causa estado y podía ser replanteado a los efectos de su revisión.

Por otra parte, el requirente pide concretamente que se “revoque todo lo que se oponga a la restitución de los bienes secuestrados, ordenando su inmediata devolución, y en el estado en que se encontraron al momento de tomarse

la medida cautelar”, pretensiones que exceden las potestades que el Tribunal puede ejercer en el marco de una denuncia por retardo, privación o denegación de justicia.

2. Tampoco es admisible el “recurso de inconstitucionalidad” intentado en subsidio que se plantea con omisión de los requisitos formales y sustanciales exigidos en los arts. 27 y 28 de la ley 402.

3. En mérito de las consideraciones expuestas corresponde rechazar las peticiones formuladas a fs. 86/89.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello:

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* las peticiones formuladas a fs. 86/89.

2°. *Mandar* se registre, se notifique con habilitación de día y hora, se ponga en conocimiento de las instancias de mérito que intervinieron en la causa señalada en el punto 2, apart. a), del “resulta” y se archive.

El juez Julio B. J. Maier no vota la resolución por encontrarse fuera de la sede del Tribunal, atendiendo el deber constitucional establecido en el art. 93, CCBA, y la jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por encontrarse en uso de licencia.

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

X

“LOCALES ALTOS EN PUERTO MADERO S/INF. ART. 83 DEL CÓD. CONTRAV. SOBRE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA”

**RECURSO DE ACLARATORIA: Admisibilidad. Procedencia
del recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia
ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires**

Expte. n° 4571/06 - 16/2/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Contra la resolución de fs. 93/95 mediante la que el Tribunal rechazó el planteo de fs. 86/89 formulado por el señor Mario Alberto Cisnero en su carácter invocado de representante legal de “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación”, el abogado de la peticionaria, Dr. Roberto S. Rabinstein, interpuso recurso de aclaratoria.

2. En concreto pide que se aclare “si la falta de inclusión de las constancias adjuntas y del no tratamiento de la invasión de la propiedad privada obedece a omisiones involuntarias consecuencia del exceso de tareas y de la urgencia de los términos procesales o a que V.E. entiende que el fiscal actuante y el órgano jurisdiccional pudo legítimamente invadir un espacio estrictamente privado en el curso de la investigación, que tiene en mira presuntas contravenciones cometidas en la vía o espacios públicos y entiende entonces que el principio de inviolabilidad del domicilio y de la propiedad privada no se aplica en ese ámbito”.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El Dr. Rabinstein no es parte en estos actuados, no alega siquiera tener poder para actuar en representación, y tampoco expresa que se presenta en los términos del art. 42, CCAyT ni —obviamente— cumple con la carga que impone el párr. 2º de la norma citada.

2. *Obiter dicta* puede señalarse que el Tribunal sostuvo en la resolución que se pretende aclarar:

- a) Que el planteo de “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación” no constituía un supuesto de denegación de justicia en los términos de los arts. 113, inc. 4º, CCBA, 26, inc. 5º, de la ley 7 y 36 de la ley 402, dado que hubo dos decisiones judiciales que resolvieron acerca de su petición de restitución de los bienes secuestrados, más allá de si eran *justas o injustas o de su acierto o error*.
- b) Que las pretensiones formuladas por “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación” —que se “revoque todo lo que se oponga a la restitución de los bienes secuestrados, ordenando su inmediata devolución, y en el estado en que se encontraron al momento de tomarse la medida cautelar”— excedían las potestades que el Tribunal puede ejercer en el marco de una denuncia por retardo, privación o denegación de justicia.

Lo expuesto es suficiente para advertir que cualquiera de las dos conclusiones resultan independientes de las razones de fondo que puedan esgrimirse para fundamentar la restitución de bienes perseguida, y pone de

manifiesto que “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación” acudió al remedio de la privación, denegación o retardo de justicia para obtener un pronunciamiento para el que la ley no lo ha dispuesto (conf. TSJ *in re* “Spangemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia”, expte. n° 1543/02, resolución del 12/6/2002).

El Tribunal tiene dicho al respecto que “El control que este Tribunal realiza de las sentencias de los tribunales inferiores se efectúa, si corresponde, a través de los recursos de inconstitucionalidad o apelación (art. 113, incs. 3° y 5°, respectivamente, CCBA). La queja o denuncia por privación o denegación de justicia no es una vía alternativa para plantear la revisión de las decisiones de instancias anteriores” (conf. “Asociación Vecinos de Plaza Italia s/queja por retardo, privación o denegación de justicia” en “Arzel, Miguel Ángel y otros c/GCBA s/amparo”, expte. n° 4053/05, resolución del 7/7/2005).

En resumen, “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación” equivocó la vía intentada ante este Tribunal, razón por la que no correspondía —y no corresponde tampoco a través de aclaratoria— que el Tribunal se expidiera en el sentido que se propone en el párr. 1° del punto II del *sub examine*.

Por lo demás, el Tribunal tampoco tuvo en consideración el planteo subsidiario de inconstitucionalidad introducido, toda vez que no se cumplían los requisitos de admisibilidad previstos de manera específica para el recurso de inconstitucionalidad en los arts. 27 y 28 de la ley 402.

En definitiva, el Tribunal no se introdujo al conocimiento del fondo de la cuestión debatida, ante la falta de presentación de un recurso idóneo que surtiera su competencia específica para ello.

3. En tales condiciones corresponde rechazar la aclaratoria intentada. Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello:

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la aclaratoria planteada a fs. 100/101.

2°. *Mandar* se registre, se notifique y, oportunamente, se archive.

El juez Julio B. J. Maier no vota la resolución por encontrarse fuera de la sede del Tribunal, atendiendo el deber constitucional establecido en el art. 93, CCBA, y la jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por encontrarse en uso de licencia.

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

XI

“GÓMEZ, JOSÉ CAMILO S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘GÓMEZ, JOSÉ CAMILO Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN
MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)’”

**RECURSO DE QUEJA: Depósito. Constitucionalidad
del art. 34 de la ley 402. Acceso a la justicia. Beneficio de litigar sin gastos**

Expte. nº 4318/05 - 17/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. José Camilo Gómez, Jesús Salvador Vázquez, Alberto Jesús Vázquez, Olga Marta Abbo y Mónica Gladys Fukuda interpusieron una demanda declarativa contra el GCBA con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la disposición que revaluó con efecto retroactivo ciertos inmuebles y exigió el pago de la diferencia del tributo de alumbrado, barrido y limpieza, contribución territorial, pavimentos y aceras, ley 23.514, en relación con los inmuebles identificados como: 1) Fitz Roy 1480, Unidad nº 4, matrícula FR17-579/4, partida nº 1271678, de propiedad de Olga Marta Abbo; 2) Pedro Bidegain 4071, matrícula FR 6-3849, partida nº 0152926, de propiedad de Mónica Gladys Fukuda; 3) Av. Federico Lacroze 1721, piso 1, Unidad 5, partida nº 1083728, de propiedad de Jesús Salvador Vázquez; 4) Presidente Luis Saenz Peña 176, Unidad nº 1, matrícula 13-827/1, partida nº 1370171, de propiedad de José Camilo Gómez; 5) Bogotá 2348, P. 4., Unidad 14, matrícula 3790/14, partida nº 1615114, de propiedad de Alberto Jesús Vázquez; 6) Av. Pedro Goyena 1678, matrícula 5-1920, partida nº 0139681, de propiedad de José Camilo Gómez, y 7) Av. Belgrano 3994, P 3º, Unidad 12, matrícula 6-1299/12.

Los actores aclararon que no cuestionan la potestad de la Ciudad para revaluar los inmuebles, sino la liquidación retroactiva de los tributos efectuada por la demandada (fs. 1/2).

De la copia de la sentencia de primera instancia agregada a fs. 9/16 surge que la Ciudad contestó la demanda. Adujo que los revalúos en las propiedades de los actores se efectuaron al constatar que en ellas existían mejoras no declaradas oportunamente y que, por ello, los pagos efectuados por los actores carecían de efecto cancelatorio.

2. La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda con relación a los inmuebles sitos en Federico Lacroze 1719/1721 (par-

tida n° 1.083.728), Bogotá 2348 (partida n° 1.615.114) y Belgrano 3994/4000 (partida n° 1.327.075), y la rechazó respecto de los demás inmuebles.

En el relato que se efectúa en la sentencia de Cámara (fs. 24/32 vta.) se expresa que ambas partes apelaron la sentencia, pero el recurso de apelación de la parte demandada fue declarado desierto por el *a quo* —con excepción de lo atinente a los honorarios del perito.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmó los honorarios regulados en la anterior instancia al letrado de la parte actora y al perito ingeniero, e impuso las costas a la parte actora vencida.

3. Contra esa sentencia, los coactores Gómez, Abbo y Fukuda interpusieron recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado por la alzada (fs. 46/47), dio lugar a la queja deducida sólo por el Sr. Gómez en este expediente (fs. 48/55).

En lo que ahora interesa, el recurrente plantea la inconstitucionalidad del art. 34 de la ley 402, por las razones que expresa en el punto VII de su escrito (fs. 53 vta./54 vta.). Corrido traslado a la Procuración General sobre este planteo, la representación del Estado se opone al pedido de inconstitucionalidad (fs. 63/69). Finalmente, el señor fiscal general adjunto dictaminó que debía rechazarse el planteo.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El art. 34 de la ley 402 dispone: “Cuando se interponga recurso de queja por denegación del recurso debe depositarse a la orden del Tribunal Superior la suma de pesos un mil (\$ 1.000) ante el Banco de la Ciudad de Buenos Aires. /No efectúan este depósito quienes estén exentos/as de pagar tasa judicial, conforme las disposiciones de la ley respectiva. /Si se omite el depósito o se efectúa en forma insuficiente, se hace saber al/la recurrente que debe integrarlo en el término de cinco (5) días, bajo apercibimiento de declararse desistido el recurso. El auto que así lo ordene se notifica personalmente o por cédula”.

Aunque es reiterado mi criterio respecto a la inaplicabilidad a los defensores oficiales de la exigencia del pago del depósito establecido en la norma como condición de admisibilidad del recurso de queja en materia contravencional y de faltas (entre otros: expte. n° 2266/03 “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczyk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación’”, sentencia del 16/7/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 1509/02, resolución como juez de trámite

del 7/6/2002; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Feng Chen Chih s/art. 40, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2212/03, resolución del 11/6/2003), en esas decisiones sostuve que la “única finalidad para la cual está previsto [el depósito] en el art. 34 de la ley 402 (L.P.T.)” es para regir “como condición de admisibilidad” de la queja.

2. El caso no presenta los aspectos que dieron lugar a la opinión expresada en los precedentes citados anteriormente. Se trata, ahora, de una petición formulada sólo en atención a las normas constitucionales invocadas, independientemente de si el actor puede o no dar satisfacción a ese requisito económico de admisibilidad del recurso de queja, cuestión que no resulta aclarada en el escrito de interposición, ni en lugar alguno.

El actor pretende que el requisito del art. 34 de la ley 402 confronta con lo establecido por el art. 12, inc. 6°, de la Constitución de la Ciudad en cuanto garantiza el acceso a la justicia de todos los habitantes, que no puede ser limitado por razones de orden económico.

Liminarmente cabe advertir que no se trata, en el caso, de acceder a la justicia sino de habilitar un recurso ante un tribunal de tercer grado. La sola enunciación de esta circunstancia pone de manifiesto que el actor ya cuenta con dos pronunciamientos anteriores sobre el fondo de su pretensión, lo que de por sí refuta que se halle conculcada la garantía constitucional que invoca.

Por lo demás, como bien lo sostiene el señor fiscal general adjunto —a cuyo dictamen me remito— el recurrente no expresa por qué razón resultaría inoperante el instituto del beneficio de litigar sin gastos establecido en el art. 72, CCAyT, ni rebate los argumentos empleados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para considerar la constitucionalidad de la exigencia del depósito para las quejas.

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 34 de la ley 402 y, en consecuencia, por disponer la intimación al recurrente para que en el plazo de cinco días efectúe el depósito ordenado en la norma, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del recurso.

Corresponde imponer las costas de esta incidencia a la parte vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a los puntos 2 y 3 del voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, y coincido con los fundamentos desarrollados en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto en su dictamen obrante a fs. 73/74 vta. Todo ello sin perjuicio del criterio que he sostenido en las causas en que se ventilan actos de contenido sancionatorio (conf. “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, sentencia del 14/2/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 16 y ss.).

2. Los breves argumentos del recurrente en modo alguno resultan suficientes para demostrar que la garantía constitucional de acceso a la justicia resulte resentida en el caso por la exigencia del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 para habilitar la instancia ante este Tribunal Superior de Justicia.

El recurrente ha transitado las instancias de mérito y en este estado del proceso pretende un *tercer* pronunciamiento judicial sobre el fondo de la cuestión debatida que revise la sentencia de la Cámara, a partir de la interposición de un recurso excepcional como es el de inconstitucionalidad. De todos modos, como es sabido, el propio sistema pone al alcance del justiciable las herramientas procesales pertinentes para acreditar sus dificultades económicas y solicitar, así, la dispensa a la hora de efectuar erogaciones como la que nos ocupa. Por lo demás, tampoco debe olvidarse que en caso de prosperar el recurso incoado el depósito se restituye al apelante.

Estas consideraciones y los fundamentos desarrollados en el voto del señor juez de trámite y en el dictamen del señor fiscal general adjunto se encuentran en consonancia con la constante jurisprudencia de la CSJN que, desde antiguo, ha sostenido la constitucionalidad del requisito del depósito previo establecido en el art. 286 del CPCCN —semejante al vigente en sede local— (*Fallos*, 270:259; 296:429 y 511; 307:671; 324:1105 y 326:728, entre muchos otros).

3. Por último, la crítica que se efectúa en punto a las específicas características del depósito, en tanto la exigencia se traduce en un monto fijo y no en un porcentaje graduable según la cuantía del litigio (fs. 54), no pasa de ser una opinión (por cierto respetable, como todas las opiniones) cuyo tratamiento parece ser más propio de una instancia legislativa o política que de la judicial, al diseñar la intervención de los diversos estrados. Por lo demás, la eventual desproporción del depósito con el interés económico controvertido en una causa, también podría ser confrontada con la capacidad económica del justiciable de haberse promovido un incidente de beneficio de litigar sin gastos, aspecto que sí pertenece a la competencia de los jueces.

En consecuencia, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad y disponer la intimación para que se integre el depósito de ley. Con costas de la incidencia a la vencida.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a los puntos 2 y 3 del voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

2. En la causa “Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 3996/05, sentencia de este Tribunal del 14/9/2005, me he pronunciado por la inconstitucionalidad del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402. En esa ocasión,

dejé indicadas las condiciones en que, por excepción, la exigencia del depósito es inconstitucional.

En el caso que nos ocupa los valores en juego son estrictamente económicos, y por lo tanto, comparables con la eventual pérdida del depósito que arriesga, lo que distingue el presente de aquel precedente.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero a los puntos 2 y 3 del voto del señor juez de trámite, Dr. Maier, y al punto 3 del voto del Dr. Casás.

2. Como ya he dicho en la resolución dictada con fecha 14/9/2005 en autos “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’” (expte. n° 3996/05), si un litigante no se encuentra en condiciones de afrontar las costas y cargas procesales irrogadas en todo tipo de juicios —y en especial aquellas que, como en el caso, hacen a la admisibilidad formal de los recursos que se intentan— debe plantearlo en tiempo oportuno, solicitando el beneficio de litigar sin gastos que prevé el art. 12.6, CCBA.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la exigencia del depósito —previsto en el art. 286, CPCCN, antecedente directo del art. 34, L.P.T.— no es contraria a la garantía de la igualdad ni importa una alteración de la defensa en juicio, por cuanto se hallan exentos de ella quienes obtienen el beneficio de litigar sin gastos (*Fallos*, 296:429, 314:659, 318:435 entre otros). No se advierte, entonces, la imposición de una carga desmedida o irrazonable al recurrente, pues simplemente debieron haber tramitado la referida carta de pobreza.

En tal sentido, la tutela judicial efectiva no sufre un menoscabo susceptible de un reproche constitucional válido [conf. voto del doctor José O. Casás en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczyk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación’”, expte. n° 2266, sentencia del 16/7/2003], máxime cuando el recurrente transitó la vía jurisdiccional ordinaria y obtuvo dos pronunciamientos anteriores sobre su pretensión sustancial.

De tal manera, la exigencia procesal del depósito resulta compatible con el art. 12, inc. 6°, CCBA, ya que no puede ser vista como un obstáculo a la posibilidad de recurrir un fallo pues se trata de una reglamentación adecuada y razonable instaurada con el objeto de desalentar el mero propósito de retrasar el cumplimiento de una sentencia desfavorable.

Por todo ello, resulta improcedente el planteo de inconstitucionalidad deducido, y en consecuencia voto por intimar al recurrente a que en el plazo de 5 días integre el depósito previsto en el art. 34, L.P.T., bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del recurso.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el planteo de inconstitucionalidad del art. 34 de la ley 402 efectuado por el Sr. José Camilo Gómez, con costas.

2°. *Intimar* al recurrente para que en el plazo de cinco días efectúe el depósito dispuesto en el art. 34, ley 402, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del recurso.

3°. *Mandar* que se registre y se notifique.

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

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

XII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA C/MOSQUERA, CÁNDIDO FRANCISCO S/EJECUCIÓN DE MULTA”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Caso constitucional. Juicio ejecutivo.

Sentencia definitiva. Faltas administrativas. Principios del derecho penal. Multa. Prescripción. Declaración de oficio. Gravamen irreparable

Expte. n° 4230/05 - 20/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 6 de febrero de 2004 la representante legal del GCBA promovió, ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario, la ejecución del certificado de deuda emitido por el Juzgado Municipal de Faltas N° 12, por la suma de pesos quinientos sesenta y siete con treinta centavos (\$ 567,30), más el importe correspondiente al canon fotográfico administrativo (\$ 15,00). Dicho certificado instrumenta una multa oportunamente impuesta al señor Cándido Francisco Mosquera (fs. 1/3, autos principales). El titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario, tras correr vista al fiscal (fs. 4, autos principales), declaró su incompetencia y remitió la causa a la justicia en lo Contravencional y de Faltas (fs. 6, autos principales).

2. La jueza a cargo del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 21 intimó a la ejecutada a abonar la suma reclamada y la citó a oponer excepciones (fs. 14, autos principales). No surge de autos que la mencionada notificación se haya llevado a cabo. Posteriormente, ante la posible extinción por prescripción de la pena de multa aplicada al señor Mosquera, se corrió traslado al fiscal (fs. 15, autos principales) y a la ejecutante (fs. 17, autos principales) para que se expidieran al respecto. Cumplidos dichos actos procesales, la jueza de primera instancia resolvió rechazar la ejecución pretendida por encontrarse prescripta.

En los fundamentos de su sentencia la magistrada sostuvo que la sanción impuesta en sede administrativa era de naturaleza penal, por lo que al aplicar la ley local 451, por resultar más benigna que las leyes 19.690 y 19.691 —vigentes al momento del hecho, pero actualmente derogadas— y verificar que la multa se hallaba extinguida por prescripción (arts. 34, ley 451), procedía rechazar su ejecución (fs. 34/38, autos principales).

3. Contra esa resolución, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, toda vez que consideró que el de apelación resultaba improcedente en razón de que el importe comprometido en el proceso era inferior a lo establecido por el art. 456, CCAyT, conforme al art. 2° de la resol. 487-CM/04. La recurrente sostuvo, en su presentación, que la decisión impugnada era inconstitucional, arbitraria y de gravedad institucional en tanto, a su criterio, la declaración de oficio de la prescripción de la multa —fundamentada en la supuesta naturaleza penal de la sanción y en la aplicación de sus principios, con prescindencia de las constancias fácticas de la causa y la normativa aplicable al caso— vulneraba las previsiones de los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99 y 129, C.N. y de los arts. 10, 11, 12, inc. 5°, 13, inc. 3°, 51, 62, 102 y 104 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, señaló cuál era la legislación que, a su entender, debía ser aplicada al caso: la ley 189 (Código Contencioso Administrativo y Tributario), la ley 1217 (Procedimiento de Faltas) y el Código Civil (fs. 40/54, autos principales).

4. La jueza de primera instancia corrió traslado al fiscal (fs. 55, autos principales) y al ejecutado (fs. 60) —quien no contestó— y, luego, declaró inadmisibles el recurso por entender que no se había configurado un caso constitucional (fs. 63/67, autos principales).

5. Contra esa resolución el GCBA presentó recurso de queja ante este Tribunal (fs. 23/30).

6. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista oportunamente conferida, solicitó al Tribunal que rechazara la queja deducida por considerar que no se había presentado un caso constitucional (arts. 113.3, CCBA y 27, ley 402) y que las críticas de la recurrente versaban sobre la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales (fs. 54/55 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.) y se dirige a impugnar la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad incoado contra una decisión de carácter definitivo, pues aun cuando esta última fue dictada en el marco de un juicio ejecutivo, puso fin al proceso judicial mediante el cual se pretendió hacer efectiva una sanción de multa firme, cuestión que no podrá ser nuevamente articulada en el marco de ningún otro proceso. Además, la declaración de prescripción de la multa reclamada es susceptible de causar un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. voto del doctor Casás en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multa’”, expte. n° 3276/04, resolución del 3/11/2004).

2. En consecuencia, corresponde examinar la presentación obrante a fs. 23/30. Su sola lectura permite inferir que el GCBA logró plantear con éxito un caso constitucional, pues es posible extraer como fundamento principal de su presentación que la recurrente se agravia por la afectación del debido proceso (fs. 26), toda vez que si bien tuvo la oportunidad procesal para expedirse sobre la cuestión sustancial debatida —prescripción (fs. 17 y 21/24, autos principales)—, ésta sólo fue introducida por la jueza —con prescindencia del plexo jurídico aplicable en la especie— en favor de la ejecutada, quien aún no se ha presentado en estos autos.

En suma, el recurso que aquí se defiende fue incorrectamente rechazado por la jueza de primera instancia en tanto el GCBA logró articular con éxito un verdadero caso constitucional, al argumentar de manera concreta y suficiente que la jueza de la causa, para resolver la controversia, se apartó del plexo legal aplicable en la especie, pues ello resiente en forma directa su derecho de defensa en juicio tutelado por la Constitución Nacional y local (arts. 18 y 13.3, respectivamente).

3. Admitida su viabilidad, y atento que la cuestión de fondo traída a estudio del Tribunal es similar a lo que se resolviera en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución fiscal’” (expte. n° 3998, resolución del 19/10/2005), los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de la presente decisión— son incorporados mediante el agregado de la copia de esa sentencia a este expediente.

4. Las consideraciones expuestas resultan suficientes para admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución del *a quo* que declaró de oficio la prescripción de la deuda reclamada en autos y ordenar la sustanciación de la ejecución fiscal con arreglo a las normas que informan la materia (arts. 450 y conc., CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso interpuesto por el GCBA ante el Tribunal (fs. 23/30), si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede ser admitido.

2. El escrito de la recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad (fs. 2/15 de la queja) sin una sola referencia a la resolución del juez de primera instancia que no admitiera el recurso. Debo destacar que el *a quo* expuso detalladamente las razones que motivaran la decisión, como resulta de la lectura de fs. 63/66 vta. del expediente principal, y que más allá de su acierto o desacierto la afectada debió hacerse cargo de ellas.

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

Las deficiencias de la presentación del GCBA definen su rechazo, ya que técnicamente no constituye un recurso de queja y la queja es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado, porque no está procesalmente prevista la interposición directa del recurso de inconstitucionalidad ante los jueces con competencia para tratarlo.

En situaciones como la de autos, ni siquiera es posible avanzar en la evaluación de si hay o no cuestión constitucional.

Por lo expuesto voto por rechazar el recurso interpuesto a fs. 23/30.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a la queja interpuesta a fojas 23/30 con respecto al agravio relativo a la vulneración del derecho de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 40/54 de los autos principales, en cuanto se refiere a la garantía aludida en el punto que antecede.

3°. *Revocar* la resolución del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 21, obrante a fs. 34/38 de los autos principales, y ordenar la sustanciación de la ejecución fiscal con arreglo a las normas que informan la materia (arts. 450 y conc., CCAyT).

4°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución del día 19/10/2005, dictada por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitu-

cionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Expreso Cañuelas S.A. s/ ejecución fiscal’”, expte. n° 3998.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva esta queja, junto con los autos principales, al Juzgado interviniente.

El juez Julio B. J. Maier no suscribe la resolución por encontrarse fuera de la sede del Tribunal, atendiendo el deber constitucional establecido en el art. 93, CCBA.

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

XIII

“AROVI, ELVIRA PETRONA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘AROVI, ELVIRA PETRONA C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Cuestiones de hecho y de prueba.

Derecho público local. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3993/05 - 21/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Elvira Petrona Arovi interpuso recurso extraordinario federal (fs. 86/95 vta.) contra la sentencia de este Tribunal, de fecha 9 de noviembre de 2005, que rechazó la queja planteada en esta instancia.

2. Del recurso se dio traslado al GCBA, quien solicitó su rechazo (fs. 98/102 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal cumple con los requisitos formales exigidos, en cuanto ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48, y arts. 256 y 257, CPCCN). Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurrente expresa que “el fallo de VE resulta violatorio de las garantías constitucionales de defensa en juicio, igualdad ante la ley y del derecho de propiedad que amparan tanto la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en sus arts. 10, 11, 12, inc. 5º y 13 y la C.N. en sus arts. 16, 17 y 18” (fs. 88 vta./89).

Más allá de esta enunciación genérica, a lo largo de su escrito recursivo la actora sólo intenta plantear la cuestión federal por violación del derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.). En síntesis, la interesada pretende descalificar el pronunciamiento de este Tribunal pues, en su concepto, convalidó una decisión *ultra petita* de la Cámara que “contempló cuestiones que no fueron materia de agravio; y... consideró agravios sobre defensas que no fueron articuladas en la contestación de demanda” (fs. 91 vta.).

3. La recurrente reitera lo expresado en los recursos de inconstitucionalidad y de queja.

En ambas oportunidades, la Cámara y la mayoría de este Tribunal, respectivamente, consideraron que no se había logrado plantear exitosamente un caso constitucional dado que, como quedó señalado en la sentencia que desestimó la queja (fs. 77/83), la interesada circunscribió sus planteos a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

En esta instancia, también se observa que el reproche de la actora se traduce en una discrepancia con la valoración de los hechos invocados y pruebas obrantes en la causa, así como del encuadre legal que la Cámara efectuó al momento de rechazar su demanda. Tales aspectos, como es sabido, resultan ajenos al ámbito del recurso extraordinario federal (*Fallos*, 310:2376, entre otros).

Por lo demás, la cuestión de fondo debatida en el expediente —procedencia de una acción de daños y perjuicios por la responsabilidad del GCBA derivada de la lesión que sufriera la actora a raíz de una caída en una calle interna del Hospital General de Agudos P. Piñeiro— es una materia propia del derecho público local y de los jueces de la causa. Y como se ha sostenido desde antiguo, los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos*, 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto 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 doméstico (*Fallos*, 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros).

4. En definitiva, no se advierte una relación directa e inmediata entre las garantías constitucionales invocadas y la materia del pronunciamiento apelado. De manera implícita, la recurrente pretende delinear la cuestión federal con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por violación a la garantía constitucional de defensa en juicio. Pero, como tiene dicho la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, la denuncia de arbitrariedad, no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757); tampoco esa calificación tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, 304: 175, entre muchos otros).

Las razones hasta aquí brindadas impiden habilitar el remedio extraordinario que se pretende.

Las costas de la incidencia se imponen a la parte vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota. Toda vez que la señora Arovi goza del beneficio de litigar sin gastos (v. fs. 71), se encuentra exenta de su pago hasta que mejore de fortuna (art. 84, CPCCN).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. José O. Casás. Adhiero a los fundamentos de su voto.

2. Asimismo, agrego las razones que expongo en el apartado siguiente.

3. En la sentencia en crisis, no traté los agravios de la recurrente pues consideré que los defectos formales de la queja me impedían entrar en el análisis del asunto; específicamente señalé que “Arovi se limita a reseñar los supuestos agravios que expusiera en el recurso denegado y a expresar su disconformidad con la solución de la Cámara” sin cumplir, de manera adecuada, con la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

El recurso extraordinario reproduce los términos del recurso de inconstitucionalidad denegado sin refutar —ni mínimamente— los motivos que fundan la inadmisibilidad de la queja.

Resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina de la CSJN según la cuál las decisiones de los tribunales locales que declaran la improcedencia de recursos de esa naturaleza son, en principio, irrevisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos* 299:268; 302:1040; 307:819 y 311:101, entre otros y de este Tribunal, la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2184/03, resolución del 13/8/2003).

4. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso deducido a fs. 86/95 vta.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 86/95 vta., con costas en los términos expresados en el último párrafo del voto del juez José O. Casás.

2°. *Mandar* se registre, se notifique y oportunamente se cumpla con la remisión ordenada a fs. 82.

El juez Julio B. J. Maier no vota la resolución por encontrarse atendiendo el deber constitucional establecido en el art. 93, CCBA.

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

XIV

“LOÑ, CAROLINA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. N° 4143/05: “SOUND GARAGE S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LOÑ, CAROLINA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Caso constitucional. Local bailable.

Clausura. Ruidos molestos. Salubridad e higiene. Derecho a gozar de un ambiente sano. Derecho a la salud. Cuestiones de hecho y de prueba. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales. Derecho común. Poder de policía.

Derecho de propiedad, a comerciar y ejercer industria lícita.

Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

Derecho de defensa en juicio. Principio de congruencia

Expte. n° 4229/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Carolina Loñ, María Claudia Gavi, María Gabriela Inchaurreaga y Alejandra Mabel Miramón dedujeron una demanda de amparo contra Sound Garage S.A. (en adelante: SG) y el GCBA con el objeto de solicitar el cierre

definitivo del local bailable “Amérika” (o “Abadía”, según el horario). Las actoras sostienen que la actividad desarrollada en dicho establecimiento es fuente de ruidos molestos que exceden el margen de tolerancia razonable entre vecinos, provoca la obstrucción de la vía pública por la aglomeración de personas y el atascamiento del tránsito vehicular y afecta las condiciones de salubridad, higiene y seguridad de la zona, por lo que entienden lesionados los derechos que les asisten a vivir en un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y, por consiguiente, su derecho a la salud (art. 41, C.N. y art. 26, CCBA; fs. 1/21). Además de las nombradas, otras personas acompañaron como “adherentes” el amparo interpuesto y en tal carácter firmaron la demanda (fs. 20/21) o manifestaron su aquiescencia con posterioridad (fs. 27/35).

El juez de grado hizo lugar parcialmente a la acción intentada, en los siguientes términos: *a)* desestimó la pretensión de cierre definitivo del local; *b)* ordenó a SG a mejorar su aislamiento acústico, así como a arbitrar los medios necesarios para evitar la aglomeración de personas durante el ingreso y egreso de público, y *c)* condenó al GCBA a controlar el cumplimiento de aquello dispuesto en el punto (b) —fs. 1595/1605.

2. La parte actora y SG interpusieron sendos recursos de apelación contra el pronunciamiento de primera instancia (fs. 1611/1624 y 1632/1655, respectivamente). La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó la apelación de SG e hizo lugar parcialmente a la apelación de la actora. En lo que interesa, dispuso:

- a)* declarar la nulidad de la ampliación de la habilitación de SG como local bailable para 1731 personas, de acuerdo con la plancheta de habilitación presentada por aquél a fs. 1356/8, tras ponderar que dicha medida resulta violatoria del Código de Planeamiento Urbano;
- b)* ordenar a SG el cumplimiento estricto de los términos de la habilitación original, bajo apercibimiento de clausura;
- c)* condenar al GCBA al cumplimiento adecuado de su deber de controlar la observancia de las condiciones de habilitación por SG, especialmente en lo atinente al límite de personas admitidas en el local bailable;
- d)* disponer la clausura preventiva del local “Amérika” y/o “Abadía” hasta el cumplimiento de las obligaciones impuestas. La Cámara especificó claramente que la clausura sólo podía ser levantada por el *a quo* previa comprobación del “íntegro cumplimiento” por SG de las medidas dispuestas por la alzada y el pronunciamiento recaído en primera instancia —en particular, las obras de insonorización ordenadas— (fs. 1711 vta.);
- e)* confirmar la sentencia de grado en tanto ordenó a SG arbitrar los medios necesarios para evitar la aglomeración de personas durante el ingreso y egreso de público, y al GCBA, controlar esa situación;

- f) comunicar al Jefe de Gobierno de la Ciudad la situación mencionada en el consid. XII de la sentencia (la existencia de un local habilitado en una zona que no lo permite, según la normativa vigente); y
- g) imponer las costas del recurso a los demandados.

3. Tras la interposición por la actora de un pedido de aclaratoria contra esa sentencia (fs. 1724) y su rechazo por la alzada (fs. 1806), tanto aquélla como la codemandada SG plantearon ante la Cámara recursos de inconstitucionalidad (fs. 1733/1747 y fs. 1770/1803, respectivamente), que fueron concedidos con los alcances establecidos en la resolución de fs. 1905/1906 vta.

El rechazo de las restantes impugnaciones deducidas por SG motivó su interposición del recurso de queja obrante a fs. 2261/2297 vta.

4. En su dictamen, el fiscal general adjunto propició rechazar el recurso de hecho interpuesto por SG y declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad planteados por ambas partes (fs. 2306/2311 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. Recurso de inconstitucionalidad de la parte actora

1. Las actoras recurren la sentencia de Cámara por el rechazo del pedido de cierre definitivo del local bailable América y/o Abadía. Ellas afirman que “la inconstitucionalidad que motiva este recurso es sobrevenida” (fs. 1738) y deviene a partir de que la sentencia de Cámara no puede entenderse como una derivación razonada del derecho vigente, aplicado a los extremos comprobados en esta controversia (fs. 1738 vta.). Esta circunstancia —continúan— “colisiona con el principio constitucional básico del art. 18, C.N. que garantiza y tutela el debido proceso legal y la defensa en juicio” (ídem), en el que aseguran fundar principalmente la apelación. También invocan las garantías de razonabilidad y coherencia sobre la base de la disposición contenida en el art. 33, C.N. (fs. 1739).

Por otra parte, las actoras plantean la afectación de su derecho de propiedad pues “se ve sensiblemente reducido el valor de [los] inmuebles por el simple hecho de ser lindantes a un local bailable que funciona permanentemente de manera irregular” (fs. 1739 vta.). Por último, ellas invocan nuevamente el amparo que la normativa vigente reconoce al derecho a gozar de un medio ambiente sano, art. 41, C.N. (fs. 1740).

2. En primer término, corresponde observar que la parte actora modificó injustificadamente el sustento constitucional de su pretensión. En la demanda, éste no se vinculaba en modo alguno con una supuesta desvalorización de la vivienda. Más genéricamente, en las instancias anteriores a la actividad recursiva que examino en este punto de mi voto no se discutió

la posible afectación de la garantía de la propiedad de las actoras por la pérdida de valor del inmueble —efecto lesivo que posteriormente se atribuyó a la actividad de SG en el local bailable—. El derecho a gozar de un ambiente sano fue, en cambio, el fundamento excluyente de la demanda. Por consiguiente, en esta etapa recursiva no puede admitirse la introducción del problema del valor de la propiedad pues, en lo que respecta a este motivo, el recurso no satisface la exigencia constitucional y legal de que el caso verse sobre la interpretación o aplicación de una norma de la Constitución Nacional o local y de que la decisión recaiga sobre ese tema (arts. 113, CCBA, y 27, L.P.T.).

3. Por lo demás, el análisis que exhibe la sentencia recurrida en lo atinente al derecho a gozar de un ambiente sano denota la aplicación de un criterio hermenéutico integrador y dinámico por parte de la Cámara, que procura conciliarlo con los derechos de SG. En esta inteligencia, la alzada negó la pretensión de clausura y dispuso ciertos recaudos a fin de evitar que la actividad de Sound Garaje impactara negativamente sobre la calidad de vida de la parte actora en términos que excederían el límite de lo jurídicamente razonable y tolerable.

Asimismo, el planteo recursivo referido a que la clausura es la única forma, en la especie, de garantizar a las accionantes el goce de un ambiente sano, exige del Tribunal la ponderación de circunstancias de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenas al marco de decisiones que este recurso lo habilita a ejercer.

Como lo ha expresado múltiplemente este Tribunal, la inteligencia del derecho común no puede suscitar, por sí misma, un *caso constitucional*. Sin embargo, el planteo de la actora ahora examinado se acota tan sólo al tratamiento de cuestiones que están circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales, por lo que fracasa en su intento de articular plausiblemente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. Su discrepancia con la sentencia impugnada, a la que atribuye la trasgresión de principios constitucionales que meramente menciona, se plantea, genuinamente, con respecto a cuestiones de derecho común, vinculadas a la interpretación de normas infraconstitucionales que resultan insuficientes para acceder al recurso extraordinario de inconstitucionalidad local (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000 en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

Aquí no ha sido puesta en juego la inteligencia de una actividad privada sujeta, desde luego, al control estatal, según leyes constitucionales básicas que impliquen su lesión. En este contexto, la mera enunciación de reglas constitucionales, sin vincularlas con tachas concretas, no suple esta omisión, que deja huérfano de solidez al recurso y lo torna inoficioso. De acuerdo con ju-

risprudencia reiterada del Tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar un recurso como el aquí examinado, ya que si bastara la invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional, el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera [nueva] instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad.

Dado el desacuerdo de la recurrente respecto de la interpretación de las reglas (infraconstitucionales) puesta de manifiesto en la sentencia criticada, ella propone *otro* criterio hermenéutico de las normas que, a su entender, rigen el caso (criterio rígido o “de suma cero” conducente a la impugnación del pronunciamiento de la alzada por no haber dispuesto el cierre definitivo del local bailable, única medida que, contrariamente a las pautas de integración y conciliación de derechos propuestas en el decisorio de la alzada, la satisfarían), mas no logra demostrar el desapego constitucional de la interpretación efectuada por la Cámara.

4. En cuanto a la referencia que efectúa la parte recurrente respecto de la vulneración del debido proceso, del derecho de defensa y de los principios de razonabilidad y coherencia, concluyo que estos señalamientos no logran conmover los fundamentos de la sentencia. Más allá de su acierto o error, la decisión recurrida exhibe fundamentos suficientes y contempla satisfactoriamente, sobre la base de desarrollos fácticos y normativos adecuados, los planteos efectuados por las actoras.

La discrepancia de aquellas con la decisión de la Cámara en punto a rechazar el pedido de clausura no se concreta, pues, en el planteo de un caso constitucional, ni torna la decisión *arbitraria*, cualquiera que sea la comprensión que se tenga de ese motivo recursivo. Por mi parte, he señalado múltiplemente y con recurrencia y énfasis crecientes que sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* (conf., por todos, “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y 2585/03, resolución del 12/8/2004, y sus citas, que explica con extensos fundamentos esta situación; conf. mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792/05), como motivo que *no* autoriza el recurso de inconstitucionalidad.

Por las razones expuestas, considero que el recurso debe ser rechazado, con costas por su orden (art. 14, CCBA).

II. Recursos de queja y de inconstitucionalidad de Sound Garaje

1. La codemandada SG planteó recurso de inconstitucionalidad local mediante la invocación de los derechos de defensa en juicio, art. 18, C.N.; debido proceso legal y adjetivo, art. 18, C.N.; garantía de seguridad jurídica, art. 33, C.N.; principio de razonabilidad, art. 28, C.N.; igualdad ante la ley, art. 16, C.N.; propiedad, art. 17 y “los derechos económicos sociales de comerciar, de contratar, de trabajar, etc. (arts. 14 y 33 C.N.)” (fs. 2183 vta.). Sound Garaje afirma también que la sentencia incurre en “arbitrariedad” y que el caso plantea un supuesto de “gravedad institucional”.

Se agravia SG porque, sostiene, la vía del amparo demostró no ser la más idónea para debatir las cuestiones planteadas. También considera que el fallo afecta el principio de congruencia, y con ello su derecho de defensa, por dos vías: *a)* porque la actora escogió una petición de *ultima ratio* en el doble sentido de su objeto (el *cierre definitivo* del local en lugar de una medida intermedia) y de su carácter (excluyente respecto de toda otra decisión), y *b)* porque la declaración de nulidad de la decisión que amplió la habilitación del local en cuanto a la cantidad de personas no era parte de la *litis*.

Por otra parte, SG destaca que la sentencia es arbitraria, pues la declaración de nulidad del acto administrativo que amplió la habilitación del local se fundó en razones vinculadas con la ilegitimidad sobreviniente del acto de habilitación originario y no en defectos del segundo acto (la ampliación de la habilitación). También cuestiona la sentencia porque la condena a readecuar su actividad de modo de respetar límites razonables y tolerables relativos a la emisión de sonidos que, ella alega, ya se cumplen y porque impone a su parte cumplir acciones que son propias de la actividad de policía estatal.

Afirma, sin mayor desarrollo, que este mandato contenido en el decisorio afecta los derechos sociales y la igualdad ante la ley.

2. En verdad, no obstante la mención proficua de preceptos constitucionales que obra en sendos recursos planteados por SG, advierto que sólo uno de los agravios planteados por la recurrente, que examinaré en el consid. 3 de mi voto, se sustenta con cierta plausibilidad en las múltiples normas invocadas y alegadamente violentadas por el pronunciamiento de la Cámara. Asimismo, reparo en la circunstancia de que SG no efectúa tan siquiera un mínimo desarrollo argumentativo que conecte el mandato judicial de reducción de ruidos y perturbaciones que pudieran ocasionarse a los vecinos del local de la recurrente con el derecho de igualdad ante la ley o con “los derechos económicos sociales de comerciar, de contratar, de trabajar, etc.” que invoca. Ausente una crítica razonada y autónoma del decisorio de la alzada, concluyo que ninguna de las circunstancias mencionadas en el escrito recursivo, referidas a este extremo, permite inferir con claridad mínima de qué forma son concretados en el caso los agravios constitucionales enunciados.

3. Distinta es la consideración que merece la cuestión vinculada con el derecho de defensa que, a mi juicio, sí amerita evaluar los agravios planteados a ese respecto.

En tal sentido, el primer factor en apoyo del enunciado que antecede parte de la base de constatar que la actora planteó en la demanda la pretensión de clausura o “cierre definitivo” del local bailable. SG afirma que al condenársela a realizar otras acciones (insonorización, evitar tumultos, ofrecer servicio de *valet parking*, etc.) se lesiona el principio de congruencia, y con él, el derecho de defensa de su parte.

Adviértase, según fue reseñado al comienzo, que las actoras plantearon su demanda sobre la base del derecho a gozar de un medio ambiente saludable, y que las medidas adoptadas por el *a quo* y la alzada no se han apartado de la protección de ese derecho, al ordenar medidas teleológicamente orientadas a materializar ese fin. Toda demanda comprende la posibilidad de hallar soluciones menos drásticas que aquellas solicitadas: explicado el punto cuantitativamente, una demanda por cobro de \$ 500 comprende la posibilidad de una condena por un importe inferior o, en materia penal, toda acusación que pretenda una pena privativa de libertad comprende una sanción por multa si la ley contiene a esta última pena entre las posibles.

En este sentido, comparto la posición del juez Luis Lozano al señalar que “esta petición limita al Tribunal según reglas por todos conocidas. Naturalmente, como todo pedido comprende no solamente lo que abarca de modo explícito y pleno sino también aquellos reclamos que estén comprendidos conceptualmente dentro de su formulación” (conf. su voto en la causa “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, sentencia del 3/3/2005).

El segundo aspecto sobre el que se denuncia la afectación del derecho de defensa refiere al agravio formulado por SG, en el sentido de que la Cámara se pronunció sobre una cuestión ajena a la pretensión incoada (esto es, la nulidad de la ampliación de la habilitación del local bailable). En concordancia con aquello dictaminado por el señor fiscal general adjunto a fs. 2310 vta./2311, yo advierto que la ampliación de la habilitación fue introducida en la controversia por SG, que, posteriormente a la traba de la *litis*, las actoras incorporaron como pretensión anexa la nulidad de la ampliación referida *supra* y que tal planteo fue contestado por SG a fs. 1480/1482 y por el GCBA a fs. 1485/1488 vta. De tal manera, la decisión de la alzada de revocar en ese punto lo decidido por el juez de primera instancia y resolver el planteo de nulidad no lesiona el derecho de defensa de SG ni algún otro aspecto del debido proceso legal, extremo que no ha sido rebatido con eficacia por la recurrente. En consecuencia, estimo que el pronunciamiento impugnado no violó el principio de congruencia puesto que la nulidad impetrada integró la *litis* y fue objeto de debate, circunstancia que habilitó a SG a exponer argu-

mentos relativos a la procedencia de la ampliación de la habilitación para el ingreso de personas a “Amérika y/o Abadía” y, desde luego, a ofrecer y producir prueba con relación a la medida requerida.

4. SG cuestiona también que el objeto del proceso tramitara por vía de amparo —cuestionamiento que alerta mi interés y que, en múltiples casos, comparto—. Sin embargo, resulta claro que, en esta controversia, la vía procesal del amparo resultó suficiente a las actoras para formular una pretensión legítima y probar su derecho y que, de la misma manera, los jueces contaron con un ámbito cognoscitivo suficiente (que no cuestionaron) para generarse el grado de convicción necesario para tratar el fondo de la demanda y de los recursos. De tal manera, correspondía a SG demostrar de qué forma su derecho al debido proceso fue afectado concretamente por la circunstancia de que el juicio tramitara por la vía del amparo. La falta de esa demostración deja sin sustento a la queja en este punto.

5. La cuestión referida a la declaración de invalidez del acto de ampliación de la habilitación, denunciada por SG como una decisión judicial irrazonable y arbitraria, no presenta, tampoco, una controversia constitucional que deba ser resuelta por el Tribunal. Es el propio recurrente quien pone en evidencia (fs. 2190) que la decisión de esta cuestión exige considerar los arts. 12 y 14, L.P.A.

La validez del acto administrativo fue juzgada en función de las normas de derecho administrativo y urbanístico que regulan las actividades permitidas en la zona en que se encuentra ubicado el edificio donde funciona el local “Amérika y/o Abadía” y no por la interpretación o aplicación directa de una regla constitucional. Cualquiera que sea el juicio que pueda merecer la solución adoptada por la alzada, es claro que tal decisorio se sustenta en una fundamentación que yo reputo adecuada y suficiente.

En suma: la parte recurrente (SG) no logra plantear un caso constitucional cuya virtualidad sea la de contrariar los fundamentos que sustentan la sentencia.

6. La supuesta afectación al principio de razonabilidad fundada en la circunstancia de que SG, demandada y ahora recurrente, haya sido condenada a suprimir ruidos molestos que, según alega, ya no pueden reputarse tales, afectación que deviene de la negativa de la alzada en el sentido de permitirle incorporar prueba que acredite este extremo, cualquiera que sea la veracidad de esa afirmación, se ajusta a la disciplina legal del recurso y no veda a la parte hacer valer esa circunstancia en la etapa de ejecución de sentencia.

La mención que efectúa la recurrente respecto de la incidencia de esta cuestión en las costas, pierde de vista que ésta es sólo una de las variadas cuestiones ponderadas por la alzada para determinar las costas, y que, en otras, ella resultó vencida (la nulidad de la ampliación de la habilitación, por ejemplo).

7. Por último, la extensión del recurso y la cita de numerosos artículos constitucionales fracasa en el intento de impugnar una sentencia a mi juicio ejemplar desde el punto de vista hermenéutico, dada su lograda conciliación de pautas interpretativas razonables que concretan el ideal de tomar en serio pretensiones legítimas como las invocadas por la parte actora sin por ello cancelar una actividad comercial que no está en el ánimo de nadie desalentar, o imponerle cortapisas irrazonables. En tal sentido, la sentencia simplemente dirige un mandato a SG para que desarrolle su actividad de forma tal que ella incida de la manera más inocua que resulte posible respecto del derecho de sus vecinos a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

La dimensión local, urbana, de la situación planteada pone en evidencia la desmesura de invocar la doctrina de la Corte federal referida a la “gravedad institucional” del decisorio de la Sala I. Su referencia es puramente genérica y reitera la discrepancia y disgusto de la recurrente respecto de la sentencia de la Cámara.

Sobre el punto sólo deseo agregar que, para la procedencia de este motivo de impugnación extraordinario se requiere, al menos —según la propia doctrina de la CSJN e, incluso, sin compartirla—, la existencia de cuestión federal, ausente en autos. “La invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100, C.N.” (*Fallos*, 311:120), ha dicho la Corte.

Por lo demás, no se justifica de manera adecuada de qué forma concreta la decisión del Tribunal comprometería principios institucionales básicos de la Nación Argentina o afectaría de modo directo a la comunidad íntegra, tal como exige la doctrina de la Corte.

8. En síntesis, en tanto el recurso de inconstitucionalidad de SG —y la queja que lo defiende ante este estrado—: *a)* contiene reproches genéricos de la sentencia recurrida; *b)* efectúa referencias rituales a principios constitucionales; *c)* invoca el extremo de gravedad institucional como un ejercicio retórico, y *d)* alega la arbitrariedad ante su mera discrepancia con el razonamiento de la Cámara, considero que ambos recursos deben ser rechazados. Con costas a la vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto de mi colega Julio B. J. Maier con excepción del párr. 4º del punto 3 del título II y del tercero y párr. 4º del punto 7 del título II.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Con las puntualizaciones que expongo a continuación, adhiero al fundado voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

2. En primer término, entiendo que los reparos formulados por la parte actora a la sentencia de la Cámara, con la finalidad de lograr que se disponga

la clausura definitiva del local bailable “América” se traducen —básicamente— en una disconformidad con circunstancias relativas a la valoración de hechos y pruebas, así como a la aplicación de normas de derecho infraconstitucional, todos aspectos que exceden el ámbito propio del recurso de inconstitucionalidad regulado en el art. 27 de la ley 402 (conf. punto 3, párr. 2º, del voto del señor juez de trámite). Asimismo, quedan fuera de discusión, por haber sido introducidos al pleito en forma extemporánea, todos los cuestionamientos referidos a la validez o invalidez de la habilitación original conferida a la codemandada para explotar dicho local (efectuados sobre la base del posterior cambio de zonificación que experimentó el área donde se encuentra emplazado el emprendimiento, a partir de la reforma del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad).

3. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que la actora adjudica al pronunciamiento atracado, debo señalar que, más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara se exhibe como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa. En efecto, de la lectura del expediente se puede concluir que los jueces de la causa, en mi concepto, han resuelto de manera equilibrada (razonable) la tensión de derechos generada a partir del funcionamiento del local bailable.

A lo largo del proceso se ha comprobado que el ruido excesivo y la aglomeración de personas que trae aparejada la mencionada actividad, por su cercanía al domicilio de las amparistas, provoca una lesión cierta y actual en su derecho a gozar de un ambiente sano (art. 41, C.N.). Pero los vecinos solicitan la clausura del local, mientras que los jueces de la causa han entendido que la clausura definitiva es una medida extrema y es posible armonizar los intereses en conflicto, siempre y cuando se adapten las condiciones del lugar, de manera tal que la actividad pueda desarrollarse de conformidad con la normativa vigente (mediante el control por parte del GCBA de la cantidad de personas que el espacio admite, las tareas de insonorización y la adecuación del sistema de ingreso y egreso para evitar la aglomeración de personas en la vía pública).

Que quede claro: la manda judicial dispuesta por la Cámara contiene una doble exigencia: *a)* que Sound Garaje S.A. observe con estrictez el conjunto de normas que condicionan el ejercicio de su actividad, y *b)* que el GCBA controle su estricto cumplimiento —llegado el caso, si se acreditara alguna inobservancia por parte de la empresa, ella deberá, inexorablemente, ser sancionada.

La cuestión no es novedosa. Pero no por ello deja de ser relevante. En casos como el presente, el emprendimiento comercial privado es consentido por la Administración previa valoración del mismo a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. Desde una perspectiva clásica, la intervención de la Administración por vía del consentimiento del

ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos [GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de derecho administrativo*, 7ª ed., t. II, Civitas (reimp.), 2001, p. 133].

4. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la codemandada y la queja que lo sostiene, corresponde señalar que ni la sentencia de Cámara ni alguna otra autoridad de la Ciudad desalientan actividades como la que desarrolla la empresa Sound Garaje S.A., pero el ejercicio del poder de policía en emprendimientos en los cuales de una u otra manera se encuentran comprometidos intereses de terceros, no puede interpretarse como un cercenamiento o restricción indebida al derecho de propiedad o al de comerciar y ejercer industrias lícitas. Así lo ha interpretado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener *in re* “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, que “(n)adie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o industria”, sentencia del 14 de mayo de 1887 (*Fallos*, 31:273) —en mi concepto, la referencia que en aquel pronunciamiento ejemplar efectuara el Tribunal cimero a “la salud pública”, hoy bien puede entenderse como comprensiva del “derecho a gozar de un ambiente sano”.

En cuanto a la tacha de arbitrariedad que la codemandada Sound Garaje S.A. atribuye a la sentencia de Cámara, corresponde remitirse a lo expresado en el párr. 1º del punto 3 precedente.

Tampoco la empresa logra respaldar siquiera en forma mínima el planteo de gravedad institucional formulado, toda vez que no se ha acreditado en qué medida lo resuelto por la Cámara (en punto a la declaración de nulidad de la ampliación de una habilitación otorgada por la Administración para explotar un local bailable) puede resultar susceptible de incidir en otros intereses que no sean los propios de la recurrente.

5. Por último, no puedo ni deseo pasar por alto la preocupación que como simple vecino de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires me produce comprobar que, en un Estado de derecho que ha decidido prestar especial atención a la hora de tutelar el “derecho” a gozar de un ambiente sano (art. 41, C.N. y arts. 26, 27, 28, 29 y 30, CCBA), un grupo de vecinos —independientemente de si tienen razón o no— deba acudir al Poder Judicial ante la falta de respuesta de la Administración y aguardar más de tres años (el pleito se inició el 4 de diciembre de 2002, véase relato de las actoras a fs. 1734) la tramitación de un proceso (en el caso, un amparo) para obtener la decisión que “diga el derecho” que les asiste en el caso concreto.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar los recursos presentados por la parte actora y por la codemandada Sound Garaje S.A.

Las costas generadas por la interposición del recurso de inconstitucionalidad de la parte actora deben ser soportadas en el orden causado (art. 14, CCBA). Las costas del recurso de la codemandada se imponen a la vencida.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al fundado voto del juez Maier, quien ha agotado con suficiencia las cuestiones sometidas a debate ante este Tribunal.

2. Con respecto al agravio de “gravedad institucional” (punto 7 del mencionado voto), coincido con la apreciación del vocal preopinante en cuanto no encuentra justificada la configuración de esta causal. Sin perjuicio de ello, considero pertinente aclarar que este concepto comprende “a aquellas cuestiones que exceden el interés individual de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad...” (*Fallos*, 326:183, 326:2710, entre otros); por lo que entiendo plausible la posibilidad de que exista tal supuesto aun cuando se trate de una cuestión estrictamente local que no constituya cuestión federal en los términos del art. 100, C.N.

En este sentido, la doctrina de la CSJN no puede trasladarse sin más al ámbito local, desde que la ley 402 sólo requiere —en este aspecto— la existencia de un caso constitucional (conf. art. 27) para el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, con la salvedad de que, aun cuando no comparto su formulación del concepto de gravedad institucional en su potencial aplicación local, al igual que él no veo en los argumentos de la recurrente razón alguna para afirmar que la hay en el caso.

Por ello, oído el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora, costas por su orden.

2°. *Rechazar* los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por Sound Garaje, costas a la vencida.

3°. *Dar* por perdido el depósito de fs. 2300.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

XV

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 4— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘INCIDENTE DE EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN
EN AUTOS: PETRACONA, MIGUEL ÁNGEL
S/INF. ART. 189 BIS, PÁRR. 3º, C.P. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Investigación penal preparatoria. Plazo razonable de duración. Perjuicio de imposible reparación ulterior. Sentencia definitiva. Interpretación de normas infraconstitucionales. Defensor oficial. Pago de depósito. Exención. Beneficio de litigar sin gastos

Expte. n° 4169/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Miguel Ángel Petracona presentó un recurso de queja (fs. 55/69) contra la resolución de la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas del 12 de agosto de 2005 (fs. 17/19) que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 42/54 vta.) interpuesto contra la sentencia del 1º de junio de 2005 (fs. 13/16 vta.) que resolvió “[d]eclarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto (...)” respecto de la decisión de primera instancia (fs. 10/12) que había rechazado el pedido de archivo de las actuaciones por haber transcurrido el plazo previsto en el art. 56, inc. 2º, ley 12.

2. La Cámara había declarado inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad argumentando, por un lado, que éste no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal y, por el otro, que la eventual discrepancia con la interpretación que realizó el *a quo* de las normas infraconstitucionales no era materia comprendida por el recurso de inconstitucionalidad según reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior.

3. En su recurso directo ante este tribunal, el defensor sostiene que la sentencia que impugna debe ser equiparada a definitiva en tanto la continuación del proceso —en el caso— produce a su asistido un agravio de imposible reparación ulterior.

En ese sentido, indica que en esta causa (iniciada ante la justicia nacional ordinaria el día 22/4/2002) debe aplicarse el art. 56, inc. 2º de la ley 12 —incorporado por la ley 1287— en cuanto fija el plazo máximo para la etapa

de la investigación penal preparatoria en dos meses, con la posibilidad de que sea ampliado a cuatro.

El recurrente reconoce que la norma invocada entró en vigor después de clausurada la instrucción; sin embargo, plantea que la mencionada disposición debe regir en el caso porque, de otro modo, se estarían vulnerando:

- a) el principio de retroactividad de la ley penal más benigna consagrada en los arts. 9º de la CADH, y 15.1 del PIDCP —que poseen jerarquía constitucional desde su incorporación en el art. 75, inc. 22, C.N.— (fs. 64 vta.), en razón de que la disposición incluida en el art. 56, inc. 2º, ley 12 resulta más favorable a los intereses del imputado que aquella que contiene el art. 207, CPPN;
- b) el principio de división de poderes (fs. 66 vta.), porque la decisión judicial se apartó de las reglas fijadas por el legislador local para el juzgamiento de delitos; y
- c) la garantía de duración razonable del proceso, consagrada en los arts. 8.1, CADH, y 14.3.c, PIDCP —en función del art. 75, inc. 22, C.N.— (fs. 64 vta.) ya que, desde su punto de vista, el incumplimiento de los plazos previstos en el art. 56, inc. 2º de la ley 12 supondría un exceso en la duración razonable del proceso seguido contra su defendido.

Asimismo, solicita que se lo exima del pago del depósito de la queja (art. 34, ley 402) debido a que se trata de una presentación realizada por el Ministerio Público de la defensa, al que no le corresponde integrarlo “en causas contravencionales [*sic*]” (fs. 56 vta.). En esta misma línea, pero subsidiariamente, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la obligación de constituir dicho depósito. Por último, pone de resalto que su asistido presentó una solicitud de beneficio de litigar sin gastos (conf. fs. 57 y certificación a fs. 79)

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, solicitó al Tribunal que rechazara la queja deducida por los mismos argumentos que expusieron los jueces de la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa (fs. 84)

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, debe ser rechazada.

2. En su constante jurisprudencia, este Tribunal ha expresado que “[l]as decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402” (conf. TSJ *in re* “Ministerio Público —Defensoría en lo Contraven-

cional 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° 3338/04, sentencia del 1°/12/2004, entre muchos otros).

En efecto, la resolución que se impugna no puede ser equiparada a una sentencia definitiva toda vez que no se ha comprobado en el caso la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior. El asunto *sub examine* consiste, simplemente, en un cuestionamiento de pretendido orden constitucional sobre los alcances que debe darse al art. 56, inc. 2°, de la ley 12. Es sabido que una cuestión de esa índole, resuelta durante la tramitación del proceso, por regla, no habilita la vía intentada en esta etapa; ésta —eventualmente— será susceptible de ser conocida por el Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia definitiva, si persisten y se mantienen correctamente los agravios pertinentes. Por ello, el recurso de inconstitucionalidad de la defensa fue correctamente rechazado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (conf. este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ortega, Claudio Roberto s/inf. art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4242/05, sentencia del 13/10/2005).

3. El defensor pretende conectar la invocada violación al art. 56, inc. 2°, ley 12, con la garantía que obliga al estado a tramitar los procesos en un plazo razonable. Sin embargo, el recurrente no ha manifestado en concreto por qué la duración del trámite de esta causa particular ya superó el límite de lo razonable al que se refieren las normas constitucionales citadas.

El cuestionamiento presentado —como afirmé anteriormente— tiene como única base la supuesta violación a la ley local en lo que respecta al plazo en el que debe desarrollarse *una* de las etapas procesales: la investigación penal preparatoria. De esta manera, la defensa ni siquiera evaluó los tiempos en los que se fueron desarrollando *todos* los actos del proceso desde su inicio hasta hoy, por lo que —en consecuencia— no intentó demostrar por qué esa duración (que no ponderó) superó —al momento de presentar esta queja— el límite constitucional.

4. Por su parte, la referencia a la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna no corre mejor suerte. La simple lectura de las constancias de la causa aportadas por la defensa permite concluir que, en realidad, los jueces de Cámara emplearon la norma que el defensor considera aplicable al caso (el art. 56, inc. 2°, ley 12). No obstante, como ya señalé, dieron a esa regla procesal una interpretación diferente a la que sostiene el recurrente. En consecuencia, este agravio deviene improcedente, por lo que la queja también debe ser rechazada al respecto.

5. En cuanto al depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, corresponde supeditar su consideración al resultado del beneficio de litigar sin gastos

iniciado por el imputado (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Feng Chen Chih s/art. 40, Cód. Contrav. —apelación’, expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás. Aún considerando, por cierto en favor del recurrente, que la sentencia que impugna no se limitó a declarar inadmisibile un recurso, sino que analizó sustancialmente el planteo realizado, las razones expresadas en el voto del juez de trámite obstan a la procedencia de la queja. En el mismo sentido voté en las causas “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis párr. 3° del C.P.’” (expte. n° 4170/05), y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Tosto, José Néstor y otros s/inf. art. 189 bis C.P.’” (expte. 4178/05).

2. En cuanto al depósito previsto en el art. 34, de la ley 402, los planteos efectuados por la defensa oficial (conf. mi voto en los autos “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3996/05, sentencia del 14/9/2005) me llevan a declararlo no exigible en esta causa.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto del señor juez de trámite, José O. Casás. En efecto, la queja no puede prosperar pues el recurso de inconstitucionalidad que se defiende ante esta instancia, no se dirigió contra una sentencia definitiva ni auto equiparable a ella (art. 27, L.P.T.), en tanto, la decisión objetada no puso fin al pleito ni impide su replanteo idóneo en una instancia ordinaria posterior. En resumen, sus agravios se centran, con exclusividad, en señalar su desacuerdo con el modo como se interpretó una norma infraconstitucional (art. 56.2, L.P.C.) referida al plazo de duración de la ‘investigación penal preparatoria’, y al momento en el cual debió comenzar a regir el procedimiento. Entonces, al no demostrar la existencia concreta de demoras indebidas en la tramitación del caso, omitió indicar de qué manera el acaecimiento del plazo —a su criterio, excedido— pudo ocasionarle un gravamen de tal magnitud que justifique la intervención anticipada de este TSJ para resolver acerca de la continuación o cierre de la presente causa.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa del Sr. Petracona ha sido correctamente denegado por la Sala II de la Cámara

Contravencional y de Faltas. En efecto, tal como lo sostuve al resolver un planteo que presentaba (sobre el punto) notas sustancialmente análogas a este recurso de queja, la resolución contra la cual se dirigió la tacha de inconstitucionalidad originaria no constituye la *sentencia definitiva* requerida por el ordenamiento procesal aplicable en la especie para proceder a la apertura de la vía extraordinaria intentada (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público — Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/infracción art. 189 bis, párr. 3°, del C.P.’”, expte. n° 4170/05, resolución del 10/2/2006). Los argumentos desarrollados en la oportunidad citada son plenamente aplicables a la situación bajo análisis y, en consecuencia, me remito a ellos *in extenso* para rechazar, de este modo, el recurso de queja deducido a fs. 55/69.

2. En otro orden, debo reiterar que los órganos oficiales, en especial el Ministerio Público, están exentos de constituir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 como exigencia de admisibilidad del recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad previamente denegado (conf. expte. n° 1509/02, resolución como juez de trámite: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3°, inc. a, ley 327). Puesto que en este caso recurre el defensor oficial del Sr. Petracona, órgano del Ministerio Público según la propia Cámara Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires y con facultades recursivas autónomas concedidas por el ordenamiento procesal aplicable, corresponde hacer lugar a la exención solicitada en el punto II, A del escrito recursivo presentado ante este Tribunal.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La cuestión de fondo a resolver en virtud del recurso de queja interpuesto por la defensa del Sr. Miguel Ángel Petracona es equivalente a la suscitada en autos “Ministerio Público — Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Tosto, José Néstor y otros s/inf. art. 189 bis, C.P.’”.

2. El recurso de queja interpuesto por la defensa es formalmente admisible y contiene una crítica fundada de la resolución a través de la cual la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad.

La resolución que aquí se impugna declaró la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad porque no estaría dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Los señores camaristas sostuvieron que “el señor defensor desdobra el efecto del agravio a la luz de una misma argumentación; vale decir, la afectación irreparable que se invoca para la apertura de esta vía —continuar sometido a proceso penal hasta el dictado de una sentencia definitiva— es a la vez el fundamento que esgrime en sustento de la existencia de un caso constitucional —no interpretar como lo propone el plazo del art. 56, inc. 2°,

ley 1287 con sus modificaciones por ley 1330” (*sic*, fs. 18 y vta.). Como consecuencia, según el *a quo* “el agravio deviene insuficiente en ambos aspectos puesto que, en verdad, sólo subyace el desacuerdo del quejoso con el criterio interpretativo de la norma citada al momento de resolver en el fallo cuestionado por vía de la impugnación en trato. Fácil resulta colegir entonces que la afectación cuya irreparabilidad se argumenta para habilitar la vía extraordinaria es idéntica a la descartada en el fallo de fs. 199/202 vta. [se refiere a la sentencia que declaró mal concedido el recurso de apelación y que obra a fs. 13/16 vta.]” (fs. 18 vta.).

3. Al igual que en la causa Tosto ya citada, no dejo de advertir que estamos aquí frente a uno de esos casos en que el fondo del asunto es inseparable de las cuestiones que hacen a la admisibilidad de los remedios procesales, dado que lo sujeto a discusión es si la continuación misma del proceso afecta la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, y no obstante la dificultad que ello puede generar a los magistrados al momento de fundar sus decisiones, entiendo que la explicación dada por los señores camaristas no es idónea para fundar la denegación del recurso. La resolución se limita a señalar que los argumentos de la defensa no son novedosos y que la interpretación de reglas infraconstitucionales no es materia comprendida por el recurso de inconstitucionalidad.

Ya he señalado que al declarar la improcedencia de un recurso de inconstitucionalidad, los Sres. jueces tienen la obligación de explicar por qué entienden que los agravios planteados no son suficientes para configurar un caso de rango constitucional (conf. mi voto en los exptes. n° 3070 y n° 3071, “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis CPN’”, resolución del 02/07/2004).

En particular en esta causa los jueces debieron por lo menos indicar por qué la interpretación del art. 56, inc. 2°, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) que sostienen no genera la afectación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

No suple tal carencia la afirmación dogmática según la cual la interpretación de normas infraconstitucionales no sería pasible de revisión a través del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, y como bien señala la defensa, ello es factible en aquellos casos en los que se discute la falta de adecuación constitucional de ciertas interpretaciones de normas de rango inferior.

Ya he sostenido que “[n]o se trata de que el Tribunal se involucre en la simple interpretación de normas infraconstitucionales. Por lo contrario, la tarea en esta instancia es la de verificar (frente al recurso del agraviado) si el fallo recurrido respeta principios constitucionales” (conf. expte. n° 3883 “Díaz Quintana, René s/art. 74 Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 8/6/2005).

En el mismo sentido se expresó mi colega Julio B. J. Maier en un voto al que adherí: “[e]l recurso de inconstitucionalidad presupone poner en crisis una regla de derecho común frente a una regla constitucional, de rango superior, esto es, supone un conflicto normativo, que debe resolver el tribunal competente, entre la ley aplicada y la Constitución, o entre la ley que el juez dejó de aplicar en razón de su inconstitucionalidad y la pretensión de la parte de que ella se aplique, porque de manera alguna contraviene una regla constitucional. Es claro que, en el supuesto de ejercicio de este recurso, el tribunal competente —entre nosotros, el Tribunal Superior de Justicia— debe comprender (interpretar) la regla de derecho común para compararla con la regla constitucional supuestamente afectada” (conf. expte. n° 912/1 “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción”, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, p. 766).

La falta de fundamentación señalada determina la procedencia del recurso de queja y la apertura del recurso de inconstitucionalidad.

4. Corresponde ahora analizar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

En primer lugar hay que decidir si fue interpuesto contra una sentencia equiparable a una definitiva. Tal como desarrollaré más adelante, de tener razón la postura defensiva, el vencimiento del plazo implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal, y como consecuencia otorga derecho inmediato a no ser sometido a proceso.

5. En segundo lugar corresponde evaluar si los agravios planteados son efectivamente de índole constitucional.

La defensa afirma que la interpretación dada por la Cámara al art. 56, inc. 2°, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) vulnera los principios de legalidad, de razonabilidad de los actos de los poderes públicos y de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, las garantías de defensa en juicio y del debido proceso legal y, asimismo, el derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable y a obtener una pronta conclusión del proceso penal (arts. 1°, 18, 28 y 75 inc. 22, C.N.; arts. 1°, 10 y 13, CCBA; y arts. 8.1 y 9° de la CADH, y 14.3.c y 15 del PIDCP).

6. La norma cuya interpretación se discute establece que “[l]a investigación penal preparatoria no puede exceder el plazo de dos (2) meses para su conclusión, a contar desde la declaración o la detención del imputado. El fiscal puede solicitar motivadamente la prórroga del plazo al juez, el que nunca excederá de cuatro (4) meses, cuando las particularidades del caso así lo impusieren. Transcurrido el plazo máximo corresponde el archivo de las actuaciones. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente dicho plazo”.

7. La Cámara declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa en virtud de la negativa del juez de primera instancia de archivar las actuaciones por transcurso del plazo estipulado en la norma citada, en virtud de los siguientes Fundamentos: “la consecuencia jurídica del vencimiento del plazo no puede interpretarse a modo de regla general de aplicación automática... el plazo constituirá un parámetro de razonabilidad... [y] corresponderá al recurrente invocar y demostrar que el tiempo que ha insumido el proceso responde a una irregularidad que se manifiesta con una prolongación injustificada del proceso” (fs. 15 y vta.).

8. El modo en el que la Cámara interpretó el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) desconoce los principios constitucionales que rigen en materia penal.

El mandato contenido en la norma, tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tal como ocurre por ejemplo en el caso de la prescripción, el simple transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria. De allí que la defensa no tenga ningún perjuicio que demostrar salvo el cumplimiento del plazo estipulado por la norma.

Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis aceptáramos la postura de la Cámara en el punto, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —obvia consecuencia del principio de legalidad material— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo con el argumento, en este caso insostenible, de la razonabilidad. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del Poder Legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado.

Más aún, no puede tampoco aceptarse la introducción de argumentos de política criminal como los argüidos por los señores camaristas al afirmar: “piénsese en la irrazonabilidad de acoger favorablemente la petición para las causas venidas de extraña jurisdicción en donde en la mayoría de los casos se encontrarían holgadamente superados los plazos de la etapa preliminar aquí estipulados, de modo que sin más correspondería el archivo de las actuaciones lo que constituye un absurdo jurídico” (fs. 16).

Dicha línea argumental no sólo es *contra legem*, sino que además parece propiciar la violación de la garantía de igualdad de trato entre quienes fueron imputados antes de la vigencia de la norma y quienes lo fueron con posterioridad.

9. Resta analizar si en el caso se ha cumplido con el plazo dispuesto por el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330). Esta causa tuvo su origen el día 22/4/2002 con la detención del Sr. Miguel Ángel Petracona. El 10/12/2002 el señor fiscal entonces interviniente requirió la elevación a juicio de la causa. Decretada la clausura de la instrucción (fs. 109 del expte. principal) las partes fueron citadas a juicio.

El 5/5/2004 la titular del Juzgado Correccional N° 9 de la Capital Federal decidió declinar su competencia dando inicio a un conflicto de competencia resuelto por la CSJN el día 2/12/2004.

Si bien en el transcurso de la presente causa ya se ha producido un acto jurisdiccional a los efectos de clausurar la instrucción; con posterioridad a la radicación de las actuaciones en el fuero local no se ha producido la readecuación del requerimiento de elevación a juicio tal como lo consigna la Cámara a fs. 14 vta. al afirmar: “al señor fiscal de la instancia, sólo le restará adecuar la formulación del requerimiento de juicio a la normativa local puesto que ésta, a diferencia de la nacional, amplía su contenido en orden al ofrecimiento de prueba y la solicitud provisoria de la pena”.

Dado que al momento de dictarse la sentencia puesta en crisis a través del recurso de inconstitucionalidad aún faltaba completar dicho acto procesal, entiendo que aún no había culminado la investigación penal preparatoria y que ante la falta de prórroga justificada, el plazo estipulado por el art. 56, inc. 2º se ha cumplido.

No dejo de advertir que la excesiva duración de este proceso se debe a problemas relacionados con el traspaso de competencias de la jurisdicción nacional a la local, sin embargo considero que las consecuencias de dichas dificultades no deben ser atribuidas al imputado.

10. Por todo lo expuesto voto por hacer lugar al recurso de queja, declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, y ordenar el archivo de las actuaciones.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 55/69.

2º. *Mandar* que se registre y notifique y oportunamente se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que sea agregada a los autos principales.

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

XVI

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘TOSTO, JOSÉ NÉSTOR S/INF. ART. 189 BIS DEL C.P.’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Investigación penal preparatoria. Plazo razonable de duración. Perjuicio de imposible reparación ulterior. Sentencia definitiva. Interpretación de normas infraconstitucionales. Defensor oficial. Pago de depósito. Exención. Beneficio de litigar sin gastos

Expte. nº 4178/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensora de Daniel Eduardo Ávila y Gastón Adrián Pérez interpuso recurso de queja (fs. 51/75) contra la resolución de la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas (fs. 44/6) que consideró inadmisibile su recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/40) deducido contra una sentencia de la Cámara que había decretado mal concedido —por parte del juez de primera instancia—, el recurso de apelación incoado contra el rechazo de un pedido de archivo de las actuaciones (sobre la base del transcurso del plazo previsto por el art. 56, inc. 2º, ley 12).

Para así decidir se tuvo presente que el recurso de inconstitucionalidad no se dirigía a impugnar una sentencia definitiva ni auto equiparable a tal en tanto no ocasionaba a su presentante un gravamen de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior que permitiera habilitar la vía extraordinaria. Se añadió que, en el fondo, los agravios de la defensa expresaban su mera discrepancia con la exégesis de las normas infraconstitucionales en juego, materia no comprendida por el recurso intentado, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

2. En su presentación directa ante este Tribunal, la defensora sostuvo que la resolución que, en definitiva, impugnaba debía ser considerada equiparable a una sentencia definitiva, ya que la continuación del proceso más allá de lo que considera el plazo máximo establecido por el legislador para la duración de la investigación penal preparatoria (conf. art. 56, inc. 2º, L.P.C.) —reglamentario, a su criterio, de la garantía de la duración razonable del proceso (arts. 18, C.N.; 13.3 CCBA; 7.5 y 8.1, CADH y 14.3.c, PIDCP)— produce a sus asistidos un agravio de imposible reparación ulterior. En tal sentido,

indicó que el plazo de dos meses al que alude la norma en cuestión debía comenzar a contarse, en este caso, a partir del día en que las actuaciones tuvieron radicación definitiva en la Fiscalía (10/12/2004) puesto que Ávila y Pérez ya estaban sindicados como imputados en la causa al haber sido detenidos durante el procedimiento que le diera inicio.

En resumen, lo resuelto por las distintas instancias de mérito vulneraría: *a*) la garantía de duración razonable del proceso (arts. 7.5 y 8.1, CADH, y 14.3.c, PIDCP); *b*) el principio de legalidad (arts. 18 C.N. y 13.3, CCBA), y *c*) el “derecho al recurso y la doble instancia” (arts. 18, C.N.; 13.3, CCBA; 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCP).

Por último, la recurrente solicitó que se exima a sus defendidos del pago del depósito de ley debido a que se trata de una presentación realizada por el Ministerio Público de la Defensa. En el mismo tenor, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la obligación de constituir dicho depósito y, finalmente, aportó copia certificada de la resolución por la que se concedió a Gastón Adrián Pérez el beneficio de litigar sin gastos en la causa (fs. 88/9).

3. El fiscal general adjunto postuló el rechazo de la queja por los mismos argumentos que fueron expuestos tanto por la fiscal de Cámara (fs. 41/3) como por el *a quo* al denegar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 81/2).

4. El asesor general tutelar sostuvo, expresamente, los fundamentos de la queja y solicitó el archivo de estas actuaciones (fs. 84/6); su intervención se ordenó en virtud de la edad de uno de los encartados (el Sr. Ávila).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma legal (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, no puede prosperar.

2. Es doctrina de este Tribunal que, en principio, las decisiones referidas a las medidas o provisiones que se adoptan durante la tramitación ordinaria del proceso no constituyen una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf. “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° 3338/04, resolución del 1/12/2004 y sus citas). Aquí, la quejosa tampoco acreditó que existieran razones para equipararla a tal, en tanto, no demostró un perjuicio de imposible reparación ulterior.

3. Los planteos técnicos de la defensa se centran, con exclusividad, en la sola discrepancia con el modo como se interpretó una norma infraconstitucional referida al plazo de la ‘investigación penal preparatoria’ (art. 56.2, L.P.C.) —pues el juez de mérito entendió que, en el caso, el plazo establecido

por dicha norma debía computarse desde el día en el que se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 41 L.P.C. y no a partir de su radicación en la Fiscalía, como lo sugirió la quejosa—. En resumen, al no pretender demostrar la existencia concreta de las demoras irrazonables, omitió acreditar de qué manera el mero transcurso del tiempo (en el cual, sus defendidos permanecieron sometidos a la investigación penal preparatoria) le ocasionó un gravamen de tal magnitud que justifique la intervención anticipada del TSJ para resolver acerca de la continuación o cierre de la presente causa.

Ello me exime de analizar las restantes alegaciones de la defensa.

4. No corresponde intimar al Sr. Daniel Eduardo Ávila a la integración del depósito de ley o bien, la acreditación del inicio efectivo de su carta de pobreza, pues de estas actuaciones surge que aquél, en apariencia, aún ostenta su condición de niño y, por ello, considero que no le resultan exigibles tales cargas procesales.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto propicia rechazar la presente queja. Como lo explica mi colega en su voto, la resolución que se intenta impugnar no constituye una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Es sabido que una cuestión constitucional resuelta por una decisión no definitiva durante la tramitación del proceso, por regla, no habilita la vía intentada, pues será susceptible de ser conocida por este Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia definitiva, si persisten y se mantienen correctamente los agravios pertinentes.

Por ello, el recurso de inconstitucionalidad de la defensa fue correctamente declarado inadmisibile por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (conf. este Tribunal *in re* “Ministerio Público—Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ortega, Claudio Roberto s/inf. art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4242/05, sentencia del 13 de octubre de 2005).

En consecuencia, y concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el presente recurso de queja. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida, deberán satisfacerse los extremos que ha fijado el Tribunal sobre el punto.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, ella debe ser rechazada.

2. La Cámara sostuvo que la decisión de primera instancia que rechazó la postura del recurrente no era susceptible de apelación. Consecuentemente

con ello, la parte dispositiva comienza por declarar mal concedido el recurso. En tales condiciones, la resolución apelada no sería definitiva, toda vez que no lo son las que se limitan a declarar inadmisibles recursos (*Fallos*, 233:31; 236:323, entre muchos). Empero, ya en esa oportunidad, el *a quo* se expidió acerca de la correcta inteligencia del art. 56, inc. 2º de la ley 1287 (ref. ley 1330); y cuando denegó el recurso de inconstitucionalidad lo hizo con base en que los agravios del recurrente versarían acerca de la interpretación del derecho infraconstitucional, sin desechar su relación con lo resuelto sino, en todo caso, la que podrían tener con la CCBA. Ello importa entender, por cierto en bien del apelante, que la sentencia tiene el contenido que éste le atribuye, esto es, uno que rechaza su planteo fundado en el vencimiento del plazo previsto en el mentado artículo.

Como lo indicaron el fiscal general adjunto y los jueces de la Cámara, esa decisión en cuanto rechaza el pedido de la aplicación del art. 56, inc. 2º, L.P.C. no es una sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, pues no pone fin al pleito ni torna imposible su continuación. Tampoco muestra la recurrente que pueda ser equiparada, por sus efectos, a una de esa especie (conf. TSJ *in re* “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravenacional 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° 3338/04, resolución del 1/12/2004 y sus múltiples citas); ni invoca un derecho constitucional sólo susceptible de tutela inmediata. Esto último, porque lo que está en juego es exclusivamente la posibilidad de que el agotamiento de un plazo haya producido por imperio de la ley la caducidad del poder del fiscal de formular la acusación. Pero, más allá de la solución de este punto —que eventualmente podría ser traído a consideración del Tribunal en ocasión de la definitiva en tanto subsistiera el agravio y quedaran reunidos los demás requerimientos del recurso de inconstitucionalidad— no se invoca ni la inconstitucionalidad de la ley por prever un trámite cuya prolongación sea incompatible con el derecho a la duración razonable del proceso, ni una aplicación por parte del juzgador que arroje semejante resultado.

En efecto, la apelante cuestiona el modo en que se aplicó el art. 56, inc. 2º, L.P.C. invocando que la investigación preparatoria en este proceso excedió el plazo legalmente previsto como límite máximo con menoscabo del derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable. Empero, no es la investigación en el sentido inequívoco de la ley, esto es, como conjunto de actos del fiscal, lo que aqueja al recurrente, sino el momento en que debió comenzar a computarse el plazo establecido en dicha norma —el juez de merito entendió que el plazo debía comenzar a correr desde la realización de la audiencia del art. 41, L.P.C. y no a partir de la radicación del expediente en la Fiscalía como postula la defensa—, lo cual no demuestra que le haya provo-

cado detrimentos de sus libertades que excedan la normal carga de soportar una investigación estatal.

3. En cuanto al depósito previsto en el art. 34, de la ley 402, los planteos efectuados por la defensa oficial (conf. mi voto en los autos “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3996/05, sentencia del 14/9/2005) me llevan a declararlo no exigible en esta causa.

4. Por las razones dadas, el recurso ha sido bien denegado y voto por rechazar la queja planteada.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa de los Sres. Ávila y Pérez ha sido correctamente denegado por la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas. En efecto, tal como lo sostuve al resolver un planteo que presentaba (sobre el punto) notas sustancialmente análogas a este recurso de queja, la resolución contra la cual se dirigió la tacha de inconstitucionalidad originaria no constituye la *sentencia definitiva* requerida por el ordenamiento procesal aplicable en la especie para proceder a la apertura de la vía extraordinaria intentada (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/infracción art. 189 bis, párr. 3°, del CPN’”, expte. n° 4170/05, sentencia del 10/2/2006). Los argumentos desarrollados en la oportunidad citada son plenamente aplicables a la situación bajo análisis y, en consecuencia, me remito a ellos *in extenso* para rechazar, de este modo, el recurso de queja deducido a fs. 51/75.

2. En otro orden, debo reiterar que los órganos oficiales, en especial el Ministerio Público, están exentos de constituir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 como exigencia de admisibilidad del recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad previamente denegado (conf. expte. n° 1509/02, resolución como juez de trámite: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3, inc. a, ley 327). Puesto que en este caso recurre la defensora oficial de los Sres. Ávila y Pérez, órgano del Ministerio Público según la propia CCBA y con facultades recursivas autónomas concedidas por el ordenamiento procesal aplicable, corresponde hacer lugar a la exención solicitada en el punto V del escrito recursivo presentado ante este Tribunal. Vale destacar que menos aún pesa ese deber sobre la recurrente con relación a la situación del Sr. Pérez, puesto que, en este caso, fue concedido un beneficio de litigar sin gastos en favor de su defendido (conf. fs. 88). En consecuencia, resulta evidente que, sobre el punto, la defensora oficial tuvo razón al plantear su petición originaria.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. El recurso de queja interpuesto por la defensa de los Sres. Daniel Eduardo Ávila y Gastón Adrián Pérez es formalmente admisible y contiene una crítica fundada de la resolución a través de la cual la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad.

La resolución que aquí se impugna declaró la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad porque no estaría dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Los señores camaristas sostuvieron que “la señora defensora desdobra el efecto del agravio a la luz de una misma argumentación; vale decir, la afectación irreparable que se invoca para la apertura de esta vía —continuar sometido a proceso penal hasta el dictado de una sentencia definitiva— es a la vez el fundamento que se esgrime en sustento de la existencia de un caso constitucional al entender que la resolución de la Alzada vulnera el derecho al recurso y un juicio rápido, al no haber interpretado como lo propone el plazo del art. 56, inc. 2º, ley 1287 con sus modificaciones por ley 1330” (fs. 45 y vta.). Como consecuencia, según el *a quo* “los agravios devienen insuficientes en ambos aspectos puesto que, en verdad, sólo subyace el desacuerdo de la quejosa con el criterio interpretativo de la norma citada al momento de resolver en el fallo cuestionado por vía de la impugnación en trato. Fácil resulta colegir entonces que la afectación cuya irreparabilidad se argumenta para habilitar la vía extraordinaria es idéntica a la descartada en el fallo de fs. 274/78 vta. [se refiere a la sentencia que declaró mal concedido el recurso de apelación y que obra a fs. 17/21 vta.]” (fs. 45 vta.).

No dejo de advertir que estamos aquí frente a uno de esos casos en que el fondo del asunto es inseparable de las cuestiones que hacen a la admisibilidad de los remedios procesales, dado que lo sujeto a discusión es si la continuación misma del proceso afecta la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, y no obstante la dificultad que ello puede generar a los magistrados al momento de fundar sus decisiones, entiendo que la explicación dada por los señores camaristas no es idónea para fundar la denegación del recurso. La resolución se limita a señalar que los argumentos de la defensa no son novedosos y que la interpretación de reglas infraconstitucionales no es materia comprendida por el recurso de inconstitucionalidad.

Ya he señalado anteriormente que al declarar la improcedencia de un recurso de inconstitucionalidad, los señores jueces tienen la obligación de explicar por qué entienden que los agravios planteados no son suficientes para configurar un caso de rango constitucional (conf. mi voto en los exptes. n° 3070 y 3071, “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis CPN’”, resolución del 2/7/2004).

En particular en esta causa los jueces debieron por lo menos indicar por qué la interpretación del art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) que sostienen no genera la afectación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

No suple tal carencia la afirmación dogmática según la cual la interpretación de normas infraconstitucionales no sería pasible de revisión a través del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, y como bien señala la defensa, ello es factible en aquellos casos en los que se discute la falta de adecuación constitucional de ciertas interpretaciones de normas de rango inferior.

Ya he sostenido que “[n]o se trata de que el Tribunal se involucre en la simple interpretación de normas infraconstitucionales. Por lo contrario, la tarea en esta instancia es la de verificar (frente al recurso del agraviado) si el fallo recurrido respeta principios constitucionales” (conf. expte. n° 3883 “Díaz Quintana, René s/art. 74, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 8/6/2005).

En el mismo sentido se expresó mi colega Julio B. J. Maier en un voto al que adherí: “[e]l recurso de inconstitucionalidad presupone poner en crisis una regla de derecho común frente a una regla constitucional, de rango superior, esto es, supone un conflicto normativo, que debe resolver el tribunal competente, entre la ley aplicada y la Constitución, o entre la ley que el juez dejó de aplicar en razón de su inconstitucionalidad y la pretensión de la parte de que ella se aplique, porque de manera alguna contraviene una regla constitucional. Es claro que, en el supuesto de ejercicio de este recurso, el tribunal competente —entre nosotros, el Tribunal Superior de Justicia— debe comprender (interpretar) la regla de derecho común para compararla con la regla constitucional supuestamente afectada” (conf. expte. n° 912/1, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción”, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, p. 766).

La falta de fundamentación señalada, determina la procedencia del recurso de queja y la apertura del recurso de inconstitucionalidad.

2. Corresponde ahora analizar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

En primer lugar hay que decidir si fue interpuesto contra una sentencia equiparable a una definitiva. Tal como desarrollaré más adelante, de tener razón la postura defensiva, el vencimiento del plazo implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal, y como consecuencia otorga derecho inmediato a no ser sometido a proceso.

3. En segundo lugar corresponde evaluar si los agravios planteados son efectivamente de índole constitucional.

La defensa afirma que la interpretación dada por la Cámara al art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) vulnera el derecho a

un juicio rápido y la garantía de ser juzgado en un plazo razonable (arts. 18, C.N.; 13.3, CCBA; 8.1, CADH; y 14.3.c, PIDCP), como así también el principio de legalidad por la forma en que ha sido interpretada la ley que reglamenta aquel derecho.

4. La norma cuya interpretación se discute establece que “[l]a investigación penal preparatoria no puede exceder el plazo de dos (2) meses para su conclusión, a contar desde la declaración o la detención del imputado. El fiscal puede solicitar motivadamente la prórroga del plazo al juez, el que nunca excederá de cuatro (4) meses, cuando las particularidades del caso así lo impusieren. Transcurrido el plazo máximo corresponde el archivo de las actuaciones. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente dicho plazo”.

5. La Cámara declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa en virtud de la negativa del juez de primera instancia de archivar las actuaciones por transcurso del plazo estipulado en la norma citada, en virtud de los siguientes fundamentos: “la consecuencia jurídica del vencimiento del plazo no puede interpretarse a modo de regla general de aplicación automática... el plazo constituirá un parámetro de razonabilidad... [y] corresponderá al recurrente invocar y demostrar que el tiempo que ha insumido el proceso responde a una irregularidad que se manifiesta con una prolongación injustificada del proceso” (fs. 20 y vta.).

6. La defensa sostiene que el razonamiento efectuado por la Cámara reseñado precedentemente, se aparta del texto de la ley y es incongruente con los principios que deben regir toda interpretación en materia de garantías, en especial el *pro homine* (fs. 71 vta. y 72). Señala además que dicha interpretación, al requerir la demostración del perjuicio alegado, establece una exigencia no prevista por la ley.

7. El modo en el que la Cámara interpretó el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) desconoce los principios constitucionales que rigen en materia penal.

El mandato contenido en la norma, tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tal como ocurre por ejemplo en el caso de la prescripción, el simple transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria. De allí que la defensa no tenga ningún perjuicio que demostrar salvo el cumplimiento del plazo estipulado por la norma.

Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis aceptáramos la postura de la Cámara en el punto, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —obvia consecuencia

del principio de legalidad material— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo con el argumento, en este caso insostenible, de la razonabilidad. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del Poder Legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado.

Más aún, no puede tampoco aceptarse la introducción de argumentos de política criminal como los argüidos por los señores camaristas al afirmar: “Piénsese en la irrazonabilidad de acoger favorablemente la petición para las causas venidas de extraña jurisdicción en donde en la mayoría de los casos se encontrarían holgadamente superados los plazos de la etapa preliminar aquí estipulados, de modo que sin más correspondería el archivo de las actuaciones lo que constituye un absurdo jurídico” (fs. 21).

Dicha línea argumental no sólo es *contra legem*, sino que además parece propiciar la violación de la garantía de igualdad de trato entre quienes fueron imputados antes de la vigencia de la norma y quienes lo fueron con posterioridad.

8. Resta analizar si en el caso se ha cumplido con el plazo dispuesto por el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330).

Esta causa tuvo su origen el día 19/12/2003 con la detención de los Sres. Daniel Eduardo Ávila y Gastón Adrián Pérez, por lo tanto a la fecha y ante la falta de prórroga justificada, el plazo previsto por el legislador se ha cumplido.

No dejo de advertir que la excesiva duración de este proceso se debe a problemas relacionados con el traspaso de competencias de la jurisdicción nacional a la local, sin embargo considero que las consecuencias de dichas dificultades no deben ser atribuidas los imputados.

9. Por todo lo expuesto voto por hacer lugar al recurso de queja, declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, y ordenar el archivo de las actuaciones.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, y oído el señor asesor general tutelar, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 51/75.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que sea agregada a los autos principales

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

XVII

“BERGENFELD, SERGIO FABIÁN Y OTROS S/PEDIDO DE REVOCATORIA DE MANDATOS”, Y ACUMULADOS

REVOCATORIA DE MANDATO: Jefe de GCBA. Caducidad del procedimiento. Recolección de firmas inferior al 20 % del padrón electoral. Vencimiento del plazo del art. 9º de la ley 357. Prórroga

Expte. nº 3764/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los Sres. Sergio Fabián Bergenfeld, Alberto Delfico, Gregorio Podoisky, Juan Carlos Iglesias y Jorge Fernández Taboada, por un lado, y el señor Gabriel Rodríguez Vallejos, por otro, mediante las respectivas presentaciones de fs. 1/3 y 30/37, iniciaron el trámite preparatorio para la revocatoria del mandato del Jefe de Gobierno, Sr. Aníbal Ibarra, por mal desempeño de sus funciones en relación al caso República Cromañón.

2. Mediante resolución de fs. 44/46 el Tribunal dio curso al trámite legal y, con posterioridad, por medio de las resoluciones de fs. 99/100, 117/118, 176/177, 197/198, 207/208, 261/262, 270/271, 279/280, 289/290, 299/300, 311/312, 339/340, 381/382, 390/391, 398/399, 408/409, 419/420, 433/434, 474/475, 522/523, 557/558 y 620/621, admitió y ordenó la acumulación de las presentaciones similares formuladas en los exptes. n.ºs. 3795, 3809, 3821, 3822, 3828, 3832, 3837, 3842, 3843, 3844, 3845, 3853, 3857, 3858, 3861, 3862, 3863, 3865, 3874, 3890, 3906 y 3952, encabezadas por los Sres. Gregorio Hairabedián, Patricia Bullrich, Fernando Caeiro, Federico José Caeiro, Luis Eduardo Gil, Jorge Elger, Pablo Héctor Cano, Marta Susana Medina, Jorge Alberto Giorno, Luis Raúl Arrúa Suárez, Martín Borgna, Antonio Arturo De Simone, Ana María Fernández, Liliana Rosa Castro, Juan Norberto Cohenca, Alberto Amado Edgardo Khalil, Norberto Smurra, Germán Andrés Ferreiro, Mónica Victoria González Vescovo, Walter Néstor Gauthier, Ángela Delia Guerra, Marta Ofelia Liendro, Fernando Amadeo Monserrat, Horacio Agustín Pistone, Eduardo Horacio Quiroga, Rogelio Martín Sevilla, Francisco Manuel Silva, y Silvana Noemí Schinocca, Ricardo Alberto González, Jorge Pereyra de Olazábal, Marcelo Eduardo Portas Dalmau, Hugo Carlos Jalil, Eduardo Alberto Cagnacci, Carlos Alberto Repetto, Jorge Jesús María González Camarasa, Rodolfo José Buján, Beatriz Yolanda Pignataro, Rafael Alberto Vilá, Julio Tito Olaz, Félix Eduardo Portillo, Carlos Enrique Schober, Aldo Claudio Gallotti, Alejandro Luis Bobanovic, José Carlos Frega, Francisco Oscar Ursic, y Luis Alberto Mello.

3. Con fecha 11 de febrero de 2005, por Secretaría, comenzó la entrega de las planillas a los promotores, conforme al procedimiento previsto en el art. 7º de la ley 357, según surge de fs. 90 del presente legajo y de fs. 2 del “Registro de Planillas” —que se tiene a la vista— (art. 8º del cuerpo legal citado).

4. El 6/2/2006 se presentó el señor Jorge Jesús María González Camarasa (fs. 651/652) y solicitó que el Tribunal prorrogue por seis meses el plazo para recolectar firmas para el trámite de autos.

Se extendió en diversas consideraciones para sustentar su petición, atinentes a lo que califica como “las particulares circunstancias sociales, políticas y judiciales por las que de una u otra forma se han presentado los hechos a lo largo del año próximo pasado y que han dificultado el desarrollo pleno de las actividades tendientes a la recolección de firmas”.

5. A fs. 654 el Secretario informó que el Sr. González Camarasa retiró el 15/3/2005 quinientas (500) planillas aptas para recolectar 10.000 firmas y que, a la fecha (13/2/2006), no ha devuelto ninguna.

El mismo informe destaca que desde el 11/2/2005 se ha entregado a los promotores 31.951 planillas, que han sido devueltas 10.666, y que el total de firmas y presentadas al Tribunal asciende a 209.792.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El plazo de 12 meses (art. 9º, ley 357) para que los electores que pidieron la revocatoria de mandato entreguen al Tribunal las planillas con el total de las firmas necesarias para continuar con el trámite legalmente previsto, está cumplido.

2. Conforme al art. 10, ley 357, el total de firmas necesarias para tener por iniciada la petición de revocatoria de mandato debe ser igual o superior al 20 % del padrón del distrito, porcentaje que se traduce en, por lo menos, 519.598 firmas sobre un padrón de 2.597.993 electores en la Ciudad (2.588.735 nacionales y 9.258 extranjeros —padrón utilizado en los comicios del 24/8 y 14/9 del año 2003, conforme lo prevé el art. 2º de la ley 357).

3. El número de firmas presentadas al Tribunal en el plazo aludido por los promotores del trámite es inferior —209.792, según se indicó *supra*— al mínimo exigido por la ley, para pasar a la etapa siguiente (arts. 10 y 11, ley 357), y en consecuencia ha operado la caducidad del procedimiento conforme al art. 9º, último párrafo, de la ley citada.

4. La ley no prevé la posibilidad de que el plazo de mención sea prorrogado como requiere el peticionario de fs. 651/652, sin perjuicio de que su argumentación no es suficiente para justificar que no haya presentado al Tribu-

nal ni una sola de las 10.000 firmas para cuya recolección se le proveyó de planillas suficientes.

El plazo de doce meses contado a partir de la primera entrega de planillas —prevención que se hizo constar en cada una de las resoluciones en las que se admitió a los promotores, tanto a los originarios como a los posteriores— se trata de un plazo perentorio, es decir concluyente, decisivo, determinante y fatal, como surge con nitidez de la propia redacción de la ley que impone al Tribunal el deber de declarar la caducidad del procedimiento “en caso de no cumplirse con el porcentaje (de firmas) requerido en los plazos establecidos” (art. 9º, último párrafo).

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

Nos adherimos al voto del juez Julio B. J. Maier.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el pedido de prórroga del plazo para recolectar firmas formulado a fs. 651/652.

2º. *Declarar* la caducidad del procedimiento de revocatoria de mandato intentado en estos autos.

3º. *Mandar* se registre, se notifique a los electores que presentaron la solicitud y al señor fiscal general y, oportunamente, se archive.

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

XVIII

“GCBA C/CLASS TIME S.A. S/EJECUCIÓN DE MULTAS S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

**CONFLICTO DE COMPETENCIA: Multa impuesta
por la ex justicia municipal de faltas. Ejecución fiscal.
Declaración de incompetencia de la jueza previniente
del fuero contencioso administrativo y tributario. Tutela judicial efectiva**

Expte. nº 4511/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe

RESULTA:

1. El 21 de noviembre de 2002 el Gobierno de la Ciudad promovió ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario la ejecución fiscal de una multa impuesta por resolución firme de la ex Justicia Municipal de Faltas (fs.2/3).

2. En el auto inicial dictado el 26 de noviembre de 2002, la titular del Juzgado N° 4 del mencionado fuero, tuvo por parte a la actora e intimó de pago a la ejecutada (fs.4), y el 1° de marzo de 2004 rechazó el pedido de notificación de la intimación de pago bajo responsabilidad de la actora, que ésta formuló ante el resultado de la diligencia cumplida a fs.3 (fs.7/8).

3. Con fecha 8 de septiembre de 2004 la señora jueza de primera instancia se declaró incompetente con fundamento en “...el art. 27 del Código de Procedimiento de Faltas (ley 1.217) y lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en los autos ‘GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia’, expte. 2823/04” (fs.10).

El 1° de noviembre de 2005 las actuaciones fueron remitidas a la Secretaría General de la Cámara del fuero en lo contravencional y de faltas (fs.17 vta.)

4. El 8 de noviembre de 2005 la jueza en lo Contravencional y de Faltas N° 4 rechazó la atribución de competencia y mandó devolver las actuaciones al Tribunal previniente (fs.19/21). Consideró que el proceso tramitó durante “casi tres años” en el fuero contencioso administrativo y tributario y que el cambio en la competencia afectaría “el derecho de toda persona a una rápida y eficaz decisión judicial, ocasionándose un dispendio jurisdiccional para ambas partes”.

5. A fs. 22 la jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 mantuvo su declaración de incompetencia resuelta a fs. 10 y dispuso la elevación del expediente a este Tribunal.

6. El señor fiscal general adjunto emitió su dictamen a fs. 25/26, y opinó que corresponde declarar la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La cuestión de competencia —negativa— planteada en el expediente en examen, es semejante a la de otros casos que ha resuelto el Tribunal, en los que se justificó —como excepción— apartarse del criterio sentado en los autos “GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 2823/04, resolución del 19/3/2004.

En el precedente de mención se determinó que la competencia para la ejecución de multas impuestas por la ex Justicia Municipal de Faltas, y por

la Unidad Administrativa de Control de Faltas que adquieren firmeza en sede administrativa, corresponde a la justicia contravencional y de faltas.

No obstante, en los casos excepcionales a los que se alude *supra*, el Tribunal decidió mantener la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario en atención a la prolongada extensión temporal del proceso desde su radicación en ese ámbito y, esencialmente, al carácter oficioso de la declaración de incompetencia una vez admitido —expresa o tácitamente— el conocimiento de la causa (conf. “GCBA c/Mariano Andrés Gargiulo s/ejecución fiscal s/conflicto de competencia”, expte. n° 3271/04, resolución del 20/10/2004; y “GCBA c/Sirlin, Elida Elizabeth s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4288/04, resolución del 16/11/2005); y “GCBA c/Carranza, Ricardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia, expte. n° 4321/05, resolución del 30/11/2005.

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

2. En el *sub examine*, la jueza previniente, al dar curso al trámite del pedido de ejecución fiscal de una multa impuesta por la ex Justicia Municipal de Faltas y resolver intimar de pago al ejecutado, admitió tácitamente su competencia en la medida que ningún reparo formuló para conocer en la causa (fs. 4).

Veintidós meses más tarde revisó su propia decisión sin que mediara excepción de incompetencia o inhibitoria ni se tratara de un supuesto de competencia federal que, por su carácter de privativa (art. 12, ley 48), sí habilita la decisión de apartarse de oficio en cualquier estado del proceso, y resolvió que no le correspondía conocer en el expediente. Más de un año después de declararse incompetente lo remitió a la justicia en lo contravencional y de faltas .

Lo expuesto evidencia que la señora jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 creó la excepción al criterio general establecido en la causa “Fontenla” mencionada arriba, puesto que, en el momento procesal oportuno, a sea al tiempo de recibir la demanda de ejecución fiscal de fs. 2/3, le dio trámite sin examinar la procedencia o improcedencia de su competencia.

Estas circunstancias fundan la conveniencia de mantener la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4, en procura de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, evitando nuevas

dilaciones innecesarias en los procedimientos y las consecuencias negativas que de ellas se pueden derivar.

Así lo voto.

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

Nos adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, y de conformidad con la opinión del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 para intervenir en el caso.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento de la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas N° 4 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

XIX

“VIAJES ATI S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Cuestión federal. Derecho público tributario local. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3918/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Viajes ATI S.A. se presenta a fs. 1029/1041 a fin de interponer un recurso extraordinario federal contra la decisión del Tribunal de fecha 2 de noviembre de 2005 por la que se declaró mal concedido el recurso de apelación ordinario formulado por la recurrente contra la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 880/888 vta.

Corrido el traslado, el Gobierno de la Ciudad solicitó su rechazo (fs. 1044/1064 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 1029/1041 por Viajes ATI S.A. no puede prosperar.

2. En la sentencia recurrida el Tribunal declaró mal concedido el recurso de apelación ordinario articulado por la empresa contribuyente (fs. 1012/1024) en tanto ésta no cumplió con todos los recaudos exigidos por el art. 38, L.P.T. (la suma del gravamen disputado no excedía el mínimo legal).

Corresponde, pues, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales, por regla, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1039; 307:819; 311:101, entre muchos otros).

3. Como sucedió ante la instancia ordinaria local, Viajes ATI se equivocó una vez más. Ahora porque aunque plantea el recurso ante el Tribunal, no dirige sus agravios contra la decisión de este que declara la inadmisibilidad de la vía ordinaria local sino que, por el contrario, como bien señala el Gobierno al contestar el traslado a fs. 1044/1064 vta., ellos se despliegan en relación con la sentencia de segunda instancia. En este sentido, el recurrente no cumple con la carga procesal destinada a atacar el decisorio impugnado.

4. Asimismo, y aunque las razones precedentemente expuestas bastan para fundar la improcedencia de este recurso, la cuestión debatida en esta causa no reviste carácter federal. En este punto el recurrente no demuestra de qué manera un tema de derecho público tributario local (vinculado a la calificación de ciertas actividades para la aplicación de la alícuota correspondiente al IIB) configura una cuestión federal a los efectos del recurso extraordinario ante la Corte.

Omisión que no puede ser suplida mediante la invocación de la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara. Por un lado, porque, en todo caso, es el auto denegatorio del recurso de apelación ordinario el que debió haber sido tachado de arbitrario. Por otro, porque, como tiene dicho la Corte: la denuncia de arbitrariedad, no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757); tampoco esa calificación tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, entre otros).

Por las razones dadas, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado, con costas.

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

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, con la salvedad de mi opinión expresa acerca de la llamada “arbitrariedad” como motivo del recurso extraordinario (conf. mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, sentencia del 26/5/2005, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792/05, resolución del 29/6/2005 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Kislak, Pablo Carlos y otros c/GCBA y otros s/responsabilidad médica’”, expte. n° 4081/05, sentencia del 30/11/2005, entre muchos otros).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Viajes ATI S.A. a fs. 1029/1041, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la instancia anterior.

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

XX

“OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LISTA, CARLOS ENRIQUE Y OTROS C/OSCBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) S/AMPARO’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires. Integración al sistema nacional. Derecho de elección de los afiliados. Competencia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Gravedad institucional. Medida cautelar dispuesta por el fuero federal de la seguridad social. Conexidad

Expte. n° 4160/05 - 22/2/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Lista, junto a otros coactores, inició una acción de amparo contra la OSCBA a efectos que se ordene a dicho ente “arbitrar los medios jurídicos y administrativos que fueran necesarios para la integración de dicha obra social al Sistema Nacional de Seguro de Salud permitiendo así a los actores a (*sic*) que puedan ejercer en forma inmediata su derecho a la libertad de elección de su obra social, dando efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el art. 37 de la ley 472” (fs. 1/3).

Sostienen que la OSCBA incumplió con el plazo previsto en el art. 37 de la ley 472 para adherirse al sistema mencionado, lo cual impidió a los accionantes ejercer el derecho a opción.

La señora jueza de primera instancia acogió la acción de amparo, y en consecuencia condenó a la OSCBA a: (fs. 66/74)

- a) cumplir en el plazo de 30 días lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472 y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional.
- b) brindar a los actores prestaciones que no sean inferiores a las que los agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestar a sus afiliados (art. 28, ley 23.661).

La sentencia fue apelada por la demandada (fs. 75/103), y posteriormente confirmada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones (fs. 105/108).

2. La OSCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia, por las razones que expresa en el escrito cuya copia obra a fs. 109/175.

En su recurso, la parte cuestiona la sentencia de Cámara por considerar que el mandato judicial es inconstitucional ya que vulneraría los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 75 inc. 2º, y 22º, 125, 126 y 129 de la C.N. y arts. 6º, 21, 22 y 44 de la Constitución local. Señala que la integración de la obra social local al régimen nacional requiere que se efectúen ciertas reformas que conllevarían la creación de un nuevo organismo ajustado a las pautas del sistema federal. Advierte que la integración al régimen nacional implicaría la derogación de la ley 472 y que se la condenaría al deterioro de su financiamiento.

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

- a) las leyes nacionales 23.660 y 23.661, en tanto una obra social local no puede adherir por sí misma al régimen federal;
- b) la ley 24.241 pues por el convenio de transferencia de fecha 29 de abril de 1994, sancionado en el marco del art. 2º de dicha ley, el personal transferido mantiene su afiliación al Instituto Municipal de Obra Social;
- c) la ley 19.032, en tanto los dependientes del GCBA no resultan sujetos pasivos de los aportes y contribuciones que impone dicha ley;

- d) el art. 11 de la ley 24.588 que autoriza a la Ciudad a mantener la obra social de los agentes locales, y
- e) las leyes locales 153, 752, 1004, y 447, y el convenio de transferencia del ex Instituto Municipal de Previsión Social.

El recurrente también plantea que la sentencia es arbitraria en cuanto habría reconducido de oficio la pretensión de la actora, y denegado la producción de pruebas relevantes ante el acaecimiento de hechos nuevos, afectando de esa forma su derecho de defensa en juicio.

Sostiene que se configura un supuesto de gravedad institucional, ya que la sentencia recurrida privilegia intereses particulares en desmedro del interés general, que atañe a toda la comunidad.

Finalmente también plantea la competencia del fuero federal de la seguridad social para intervenir en el caso, cuya denegatoria afectó la garantía del juez natural.

3. Dicho recurso fue denegado por la Cámara de Apelaciones mediante la resolución que en copia obra a fs. 180/181, lo cual motivó la interposición de la queja obrante a fs. 182/200.

4. El fiscal general adjunto dictaminó a favor de la recurrente, por considerar que la sentencia vulneró el principio de congruencia al fallar sobre cuestiones no planteadas a decisión del Tribunal. En consecuencia, se pronunció a favor de admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia apelada (fs. 205/208).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue presentada en término y conforme las exigencias formales de los arts. 33 y 34 de la ley 402.

Asimismo, efectúa una crítica concreta del fallo denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, lo cual justifica la apertura de la queja y la ponderación del recurso de inconstitucionalidad.

2. Ahora bien, la cuestión de fondo planteada en el recurso de inconstitucionalidad, ya fue tratada por este tribunal en la resolución dictada el 20/10/2004 en autos “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y en la sentencia de fecha 27/4/2005 dictada en autos “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” —expte. n° 3544/04—, y su acumulado, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’” —expte. n° 3539/04.

Aquellas causas difieren de la presente en aspectos menores por lo que hago mérito en la presente de los fundamentos allí vertidos.

3. La sentencia recurrida dispone cuestiones de diversa índole. Por una parte, emplaza al directorio de la obra social a cumplir en un plazo determinado las acciones ordenadas en el art. 38 de la ley 472, y, por otra, reconoce a los actores el derecho a que se le brinden cierto tipo de prestaciones asistenciales, hasta tanto cuenten con la posibilidad efectiva de elegir la obra social a la que quieren pertenecer, de acuerdo con lo establecido por el art. 37 de esa ley.

La segunda cuestión no ha sido materia de agravios de la OSCBA ante esta instancia.

En consecuencia, la impugnación constitucional se dirige contra la ordenada por la Cámara al directorio de la OSCBA para que cumpla las acciones indicadas en el art. 38 de la ley 472, en el plazo de 30 días.

4. La lectura de la sentencia pone en evidencia la *inconsistencia del recurso*. Cuando la recurrente afirma que la sentencia importa un mandato judicial que obliga a la derogación por parte de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de las leyes federales 23.660; 23.661 —sus reglamentarios y complementarios 576/93; 292/95; 492/95; 446/00; 504/98; 1130/00— 19.032; 24.241; dec. 82/94 y los términos de las obligaciones asumidas por el GCBA en el Convenio de Transferencia del IMPS al Estado nacional, aparece manifiesto cuán lejos de su cauce se ha llevado el debate.

No hay manera de inferir que la Cámara ordenó al Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires derogar leyes federales. La sentencia, ordena al directorio de la OSCBA que dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 472. Dicho art. 38 dispone que el directorio proponga a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar la integración de la obra social local al sistema nacional y compatibilizar los regímenes de aplicación. “Proponer medidas”, ese es el mandato legal que la sentencia de la Cámara ordena cumplir.

La OSCBA pretende justificar el incumplimiento que se le atribuye en relación con lo dispuesto en la ley afirmando que posibilitar el ejercicio del derecho de elección de los afiliados implica la derogación de la ley 472, y que no puede recibir un mandato judicial consistente en actuar contra la vigencia de la ley que la ha conformado. El argumento es falaz, ya que, como se vio, la sentencia repite el contenido del mandato legal, que otorga expresamente, no la facultad, sino el deber de hacer lo tendiente a efectivizar el derecho de elección.

5. El planteo de *incompetencia de la jurisdicción local* para intervenir en la causa que efectúa la OSCBA, es insustancial. En un reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la justicia federal de la seguridad social es incompetente para intervenir en un asunto como el presente “en razón de que la falta de adhesión de la OSCBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud (...) torna inaplicable lo dispuesto por el art.

38 de la ley 23.661...”. En consecuencia dispuso la competencia de los tribunales locales (*in re*: Competencia n° 37. XL. “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA]”, sentencia del 29 de junio de 2004, del dictamen del Procurador Fiscal interviniente al que la Corte se remite).

6. Cabe considerar el agravio consistente en el *alcance extra petita* en que habría incurrido la sentencia de cámara, coincidente con la objeción que el fiscal general adjunto realiza a la sentencia por haber lesionado el *principio de congruencia*.

La actora pretende que se le permita ejercer el derecho a elegir otra obra social. Ese derecho de los afiliados está establecido en la ley 472, a partir de una fecha determinada (art. 37). Para que los afiliados (entre ellos los actores) pudieran ejercerlo, el directorio de la OSCBA está legalmente obligado a proponer a los poderes políticos las medidas que ellos deberían adoptar para que la obra social pudiera integrarse al sistema nacional (art. 38).

En otras palabras, la posibilidad de los actores de ejercer efectivamente el derecho establecido en el art. 37 de la ley 472 está en alguna medida condicionado a que el directorio de la OSCBA cumpla lo dispuesto en el art. 38 de esa ley.

Por esa razón, la decisión del tribunal *a quo* de acoger la pretensión fundada en el derecho reconocido en el art. 37 disponiendo que se diese cumplimiento a lo dispuesto por el art. 38, lejos de desentenderse de la pretensión ejercida o de la cuestión debatida, constituye, entonces, un mecanismo posible de hacer lugar a aquella, que no excede los límites que el principio de congruencia o a la garantía de la defensa en juicio imponen a los jueces en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas. En efecto, la pretensión de las partes no difiere del cumplimiento del mandato contenido en el art. 38, sino que lo contiene, aunque implícitamente.

Estas razones llevan también al rechazo del agravio relativo a la denegatoria en materia probatoria en segunda instancia.

7. La recurrente no logra demostrar la configuración de un caso de *gravidad institucional*. La OSCBA sostiene que la sentencia de Cámara “privilegió intereses particulares derivados de una relación de empleo público, en oposición al bien común y, con ello, conculcó valores superiores vinculados con la subsistencia de la comunidad” (fs. 142 vta.). Asimismo, la orden judicial cuestionada constituiría una “pretensión invasiva hacia otros poderes del estado local” (fs. 143).

Sin embargo, la intervención del Poder Judicial en el presente caso ha sido orientada a ejercer el control de constitucionalidad de los actos y omisiones del Estado Local, más precisamente la propia OSCBA, en lo referido al cumplimiento del mandato que surge de los arts. 37 y 38 de la ley 472.

En este sentido, el Tribunal ya ha señalado que el control judicial de la actividad o inactividad legislativa no se encuentra vedado por disposición

alguna de la Constitución local. Si la cuestión traída a decisión de los tribunales trata “sobre puntos regidos por esta Constitución” (art. 106, CCBA), corresponde al conocimiento y decisión del Poder Judicial de la Ciudad (conf. TSJBA, en los autos: “Corach, Hernán José c/GCBA s/amparo” expte. n° 1021/01, sentencia del 11/7/01; también en “Nieto Suanno, María Cristina c/Política Abierta para la Integridad Social (PAIS) y otro s/amparo”, expte. n° 1251/01, sentencia del 15/11/01; “Spisso, Rodolfo Roque c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1866/02, sentencia del 27/11/02, entre otros).

Consecuentemente, la intervención judicial, en el caso, resulta acorde con las formas del estado de derecho definido en la Constitución de la Ciudad.

Y por último, cabe destacar que resulta carente de todo fundamento la afirmación de que la sentencia de Cámara privilegió intereses particulares por sobre el interés de la comunidad, ya que se limitó a reconocerle operatividad a una norma de *carácter general* sancionada por la Legislatura.

8. La frondosa presentación de la OSCBA, tras una aparente crítica a la sentencia, cuestiona el art. 38 de ley 472 (con la modificación dispuesta por el art. 1° de la ley 627). No es pensable que el legislador haya conferido al directorio de la OSCBA el poder de impugnar la ley que la crea, ni habría podido hacerlo. Si el legislador no ve acertado el art. 38, la solución no es autorizar a que la OSCBA solicite judicialmente que se declare su inconstitucionalidad, sino derogarlo o no sancionarlo.

En efecto, la sentencia constata que los actores están impedidos de ejercer su derecho de opción por no haberse efectuado la integración de la OSCBA al régimen nacional. Verifica que de acuerdo con el art. 38 de la ley, correspondía al directorio proponer a los poderes Legislativo y Ejecutivo las reformas a las normas y el dictado de las disposiciones que se estimase necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación legales. La parte dispositiva de la sentencia recurrida manda al directorio realizar, en el plazo que le fija, los actos que el art. 38 de la ley expresamente le ordena efectuar, mandato legal vigente que hasta ahora fue desatendido por el directorio de la obra social.

Por otra parte, si el directorio de la OSCBA considera que su aplicación puede conllevar riesgos para el cumplimiento de sus fines, debe hacer los planteos del caso por la vía y en la forma que resulten pertinentes, que no son los que ha intentado en este proceso.

9. En cuanto a la *conexidad* invocada con un proceso tramitado en fuero federal, la obra social sostiene que la Cámara “conoce la existencia de una medida cautelar que suspende los efectos del art. 37 de la ley 472, dictada en los autos “OSCBA c/Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/acción meramente declarativa”, con radicación ante el Juzgado Federal de 1ª Instancia de la Seguridad Social n° 7, y que ha habido prevención en el aspecto

central de estos obrados, no obstante lo cual la sentencia recurrida ha desconocido dicho extremo” (fs. 140).

Sin embargo, la sentencia de cámara sostuvo que dicha medida cautelar “no impide que este Tribunal se expida sobre la procedencia de la pretensión deducida en esta causa. Ello así, pues la resolución citada acota sus efectos a las partes de ese proceso y, por lo tanto, —dado que en ese juicio la OSCBA demandó al Estado nacional— no puede tener otro alcance más que, en su caso, suspender la aplicación del art. 37 de la ley 472 en cuanto concierne al ámbito de competencia de las autoridades federales” (véase fs. 107 vta.). También dijo que “la existencia de una medida cautelar dictada en otro fuero que veda al Estado nacional y a la Superintendencia de Servicios de Salud innovar respecto al art. 37 de la ley 472, no impide que la demandada cumpla con lo dispuesto por el art. 38 de la citada ley. De todos modos no puede admitirse que una antigua medida cautelar peticionada por la propia demandada en otras actuaciones, de cuya solución definitiva no se informa en autos y en la que es dable inferir que el universo de usuarios no tuvo oportunidad de hacer valer sus derechos pueda ser invocada como una causa de justificación para incumplir una sentencia, sobre todo cuando —por lo menos en el marco de esta causa— se rechazó el planteo relativo a la inconstitucionalidad del art. 37 de la ley 472” (véase fs. 108 y vta.).

Esta argumentación desarrollada por la Cámara no ha sido rebatida por el recurrente, quien incurre en una contradicción con sus propios actos. En efecto, cuestiona el alcance *erga omnes* de la sentencia recurrida (véase fs. 165 vta./166), pero postula el efecto expansivo de una medida cautelar dictada en otro proceso, en el cual no tuvieron participación alguna los actores de estos autos.

En consecuencia, corresponde el rechazo de este agravio.

10. En definitiva, la extensión del recurso y la acumulación de argumentos no logran ocultar que la sentencia simplemente dirige un mandato al directorio de la OSCBA para que proponga medidas a ser adoptadas por otros órganos del poder local. No es posible inferir directa e inmediatamente de ese mandato la trasgresión a leyes federales, nacionales o locales, como lo plantea la parte.

En suma, y como acertadamente lo ha destacado el fallo denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, *el impugnante no logra demostrar que exista una específica vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara* (dar cumplimiento al art. 38 de la ley 472) *y los principios y derechos constitucionales, o la legislación nacional invocada por la recurrente* (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 75, incs. 2º y 22, 125, 126 y 129, C.N., arts. 6º, 21, 22 y 44, CCBA, leyes 23.660, 23.661, 24.588, y demás leyes locales invocadas por la actora). En cuanto a las alegaciones fundadas exclusivamente en leyes locales, de carácter infraconstitucional, ellas no pueden suscitar un caso constitucional (conf. art. 27, ley 402).

11. Llegados a este punto, la lectura de las presentaciones de OSCBA permitirían inferir que la demandada no comparte la pauta de integración de la obra local al Sistema Integrado Nacional establecida por la ley 472, y pretende resistir el cumplimiento del mandato legal bajo la apariencia de invocar la inconstitucionalidad de una decisión del Poder Judicial.

Por otra parte, la preocupación por lo que pueda suceder en el futuro a la obra social, si es que se produce la adhesión al sistema nacional, no autoriza a quienes representan a la OSCBA a incumplir la ley, ni a subrogar el lugar que la Constitución ha asignado a los legisladores y funcionarios del Poder Ejecutivo para definir, dentro del marco constitucional, la política de salud pública local. La decisión última sobre las políticas a seguir en esta materia corresponde a la Legislatura y al Poder Ejecutivo. La creación de la OSCBA, el derecho de los afiliados a elegir la obra social y el mandato al directorio de la obra social para que proponga las medidas necesarias para que ese derecho sea eficaz, son parte de esas políticas y deben ajustarse a las pautas generales del sistema. No resulta admisible que el órgano al que la ley asigna la función de proponer las medidas para hacer efectivas las políticas que la ley señala, se erija en un obstáculo para cumplir la propia ley.

12. Por las razones expuestas en los puntos precedentes, voto por admitir la queja, y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Con costas a cargo de la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto el criterio de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, respecto de la admisibilidad de la queja y del rechazo del recurso de inconstitucionalidad. Adhiero a los fundamentos que expone en su voto, con excepción del apartado 9.

2. Asimismo, agrego respecto de otros agravios introducidos por OSCBA argumentos que ya expusiera en el precedente “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080, resolución del 20/10/2004, citado por la señora jueza de trámite.

- a) OSCBA afirma que el caso plantea una cuestión no justiciable. Así, señala que “Si la ley no es autosuficiente, su operatividad es una cuestión propia del poder administrador y legislativo. Si la Legislatura no dicta una ley, no es tema justiciable, ni sustituible por vía judicial, ya que excede todo control constitucional” (fs. 138). Sin embargo, no se trata de juzgar la inactividad legislativa, sino la inactividad de la propia OSCBA en el cumplimiento de los deberes establecidos por su ley de creación, específicamente en el art. 38.
- b) OSCBA sostiene que la decisión judicial —al exigirle cumplir los términos del art. 38 de la ley 472— implica que se deban sancionar leyes, dictar disposiciones y suscribir convenios “a contra-

mano de la vigencia de la medida cautelar federal (...)” (fs. 137 vta. *in fine*).

La resolución que decretó la medida cautelar —dictada en la causa “Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires c/Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/acción meramente declarativa” del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 7— dispuso “suspender los efectos del art. 37 de la ley 402”. El cumplimiento por el directorio de OSCBA de lo prescripto por el art. 38, no infringe ese mandato cautelar.

3. Por las razones expuestas, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por OSCBA, con costas (art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La cuestión traída a conocimiento de este tribunal mediante el recurso de inconstitucionalidad cuyo rechazo motivó la queja de fs. 182 es sustancialmente análoga a la resuelta *in re* “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3080/04), resolución del 20/10/2004, y “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3544/04), y su acumulado “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo” (expte. n° 3539/04), resolución del 27/4/2005. Con remisión a los fundamentos pertinentes expuestos en dichos precedentes, corresponde desestimar la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La cuestión traída a decisión de este Tribunal en la presente causa es, en lo que aquí interesa, similar a la resuelta *in re*: “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, sentencia del 20/10/2004 (conf. voto de la doctora Alicia E. C. Ruiz, al que adherí) y en “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/4/2005.

Así entonces, considero que volver sobre la cuestión se torna notoriamente insustancial (art. 30, L.P.T. y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de *Fallos*, 194: 220, entre muchos otros, que gravitaron en la actual redacción de los arts. 280 y 285 del CPCCN —en la causa apuntada se dijo que reviste carácter insustancial, incluso una cuestión de nítida naturaleza federal, cuando sobre el punto se registra “una clara y reiterada jurisprudencia... de indudable aplicación al caso”; más aun cuando a ello se añade “la falta de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla”—).

Por ello, corresponde remitirse a los precedentes de este Tribunal ya citados (nótese asimismo que, además de la difusión general de los pronunciamientos de este estrado, la recurrente —OSCBA— también fue parte en tales causas) y, en consecuencia, disponer el rechazo de la presente queja.

Lo hasta aquí señalado no obsta a dejar sentado *obiter dicta* que, en el fondo de la cuestión, participo de los minuciosos y sólidos fundamentos que ilustran el voto de mi colega, la doctora Ana María Conde.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, respecto de la admisibilidad de la queja y el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por OSCBA, así como los fundamentos que expone en todos los puntos de su voto excepto el noveno. Como ella lo indica, el asunto traído a conocimiento del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido en “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, resolución del 20/10/2004 y en “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/04/2005.

2. Una lectura atenta del voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz *in re* “Galleta”, al que yo adherí, pone en evidencia que dos cuestiones tratadas, o al menos implícitas en los argumentos articulados en el punto 9 del voto de la Dra. Conde en esta causa, fueron resueltas en otro sentido, o con matices distintos, en la sentencia que refiero como primer precedente: la inactividad de la OSCBA en cuanto al cumplimiento de los deberes establecidos en la ley 472, especialmente en su art. 38 y la incidencia de la medida cautelar vigente sobre la exigencia de cumplimiento de los deberes establecidos en la norma citada; ambos asuntos son dirimidos en la forma que yo estimo acertada en el voto de mi colega Ruiz en “Galleta”, puntos 9 y 2, respectivamente, y en el punto 2 de su voto en la causa que en esta oportunidad debe decidir el TSJ. Puesto que mi adhesión al voto de la Dra. Ruiz en “Galleta” abarca, como no puede ser de otra manera, las dos cuestiones antes enunciadas, se sigue lógicamente la exclusión del punto 9 del voto de mi colega Conde del juicio genérico de aquiescencia que con respecto a él ya he expresado.

3. Por las razones expuestas, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por OSCBA, con costas (art. 62, CCaYT).

Por ello, oído el fiscal general adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja interpuesta por la OSCBA, y *rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por la OSCBA, con costas.

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

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

XXI

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘GÓMEZ, ELÍAS MARTÍN S/ART. 39,
CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Sentencia definitiva. Agravios no propuestos en el recurso de queja. Cuestión federal. Principio de legalidad. Aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

Expte. nº 4085/05 - 1º/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general interpuso recurso extraordinario federal (fs. 72/84 vta.) contra la sentencia (62/8) que rechazó el recurso de queja intentado en favor del Sr. Elías Martín Gómez (fs. 47/52 vta.).

La defensa solicita que se abra la instancia federal porque —según su criterio— en esta causa se violó el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., 11.2 DUDH, 9º CADH y 15.1 PIDCP). En resumen, el recurrente considera que debe revocarse la condena —impuesta durante la vigencia de la ley 10— porque el Código Contravencional en vigor (ley 1472) ya no reprime la conducta oportunamente reprochada (portación de arma de fuego de uso civil condicional).

2. El fiscal general adjunto, por su parte, sostiene que el recurso extraordinario federal debe ser declarado inadmisile toda vez que la defensa modificó en

este escrito su pretensión original; en definitiva, plantea que la queja rechazada por este TSJ se vincula con las reglas que deben regir el modo de ejecución de la pena impuesta mientras que el remedio federal que ahora se presenta está dirigido a que se revoque la condena impuesta por entender que la conducta juzgada ya no resulta reprochable desde el punto de vista contravencional (fs. 87/8).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto cumple con los requisitos formales exigidos: fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48, y arts. 256 y 257, CPCCN). Sin embargo, no es admisible porque —tal como advierte el fiscal general adjunto— pretende introducir un agravio que no fue sostenido en la queja que este Tribunal rechazó.

2. Al confrontar los argumentos presentados en el recurso de queja —obstante a fs. 47/52 vta.— con aquellos expuestos en el presente recurso extraordinario federal —agregado a fs. 72/84 vta.— se advierte que el defensor general, en verdad, intenta ahora acceder a la CSJN con una pretensión de la que oportunamente desistió.

En efecto, la lectura de la causa permite observar que la defensa —con base en el principio de aplicación de la ley penal más benigna— había solicitado la absolución del Sr. Gómez al apelar su condena (fs. 176/81, autos principales); más aún, el defensor oficial intentó un recurso de inconstitucionalidad al respecto (fs. 213/6, autos principales) que, pese a haber sido declarado inadmisibles por la Cámara (fs. 228/30, autos principales), no derivó en ningún recurso de queja ante el TSJ. En consecuencia, entiendo que la defensa —en razón de sus propios actos durante el proceso— no puede intentar ahora reintroducir agravios que no se vinculan con la modalidad de ejecución de la pena impuesta, cuestión debatida en este proceso.

Por lo tanto, voto por denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 72/84 vta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, y a los fundamentos que en sentido concordante desarrolla el señor fiscal general adjunto en su dictamen de fs. 87/88. Por ello, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por los fundamentos expuestos por la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por denegar el recurso extraordinario interpuesto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, como también, comparto el análisis desarrollado por el fiscal general adjunto. En resumen, el recurso extraordinario federal no puede prosperar puesto que su argumentación se dirige a impugnar cuestiones que exceden a aquellas que fueran propuestas en el recurso de queja, denegado, en: este estrado. Así, se advierte que el defensor general confunde manifiestamente el objeto por el cual su inferior en grado se agravio y, aquel error, presumiblemente, se deba a un parcializado estudio de estas actuaciones pues, al fundar la cuestión de pretendida naturaleza federal o constitucional —la afectación del principio de legalidad—, parte de una premisa falaz: “la Defensoría de Primera Instancia, interpuso recurso de revisión por aplicación de la ley penal más benigna y postuló la absolución” (fs. 33/35). Si bien en el encabezado de aquel recurso se consignó, vagamente, “Postula absolución” (expresión ésta, que sólo luce allí, vacía de contenido), su argumentación se centró, exclusivamente, en la ejecución de la pena y su modalidad, solicitando que, por aplicación de una ley más benigna, fuera dejada en suspenso; aquello, al menos, surge en el desarrollo y peticionario de tal escrito, en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja. Ciertamente, ello obedecía a que la pregonada absolución —por la atipicidad de la conducta— había sido planteada y rechazada por la alzada con carácter previo, mediante una resolución anterior que no fue impugnada en la forma debida (adquiriendo firmeza no sólo ese pronunciamiento, sino, asimismo, la condena dictada en autos). Por ende, no es plausible conceder seriedad al planteamiento que el recurrente intenta proponer ante la CSJN, ahora, sobre la base de la supuesta atipicidad y la incorrecta aplicación del principio de la ley más benigna, pues tal requerimiento rebasa los límites de la pretensión original que su Ministerio esbozó en la queja ante este Tribunal y, aún más, la modifica sustancialmente. Por ello, tal como lo señaló la jueza de trámite, no pueden reintroducirse fundamentos —por vía de un recurso extraordinario— que oportunamente fueron desistidos y todo aquello que no se relacione en forma directa con la modalidad de la ejecución de la pena —y si correspondía o no ser suspendida—, resulta ajeno a este proceso y, por lo tanto, su eventual tratamiento por parte de la CSJN deviene inadmisibile.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. Con el fin de analizar el recurso extraordinario federal deducido por el defensor general a fs. 72/84 vta. procederé a reseñar, brevemente, los antecedentes de la causa bajo estudio. Frente a la condena en primera instancia de su defendido, el defensor oficial dedujo recurso de apelación que motivó la confirmación de la resolución condenatoria ante la segunda instancia y, posteriormente, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad cuyo rechazo no fue recurrido en queja ante este Tribunal. Una vez *firmé* la sentencia en cuestión, el defensor del Sr. Gómez dedujo un recurso o acción de revisión

ante la Cámara de Apelaciones del fuero (por aplicación supletoria de los arts. 479 y conc. del CPPN), planteo que fue desestimado por el tribunal *a quo*. La resolución de la Cámara suscitó, en consecuencia, la interposición de un nuevo recurso de inconstitucionalidad, ulteriormente rechazado. Interpuesta la queja ante el TSJ, este último rechazó la presentación de hecho convalidando el criterio denegatorio refrendado oportunamente por la Cámara. Con relación a esta decisión el defensor general interpone, ahora, el recurso extraordinario federal.

2. Al momento de emitir mi opinión sobre la queja deducida ante este Tribunal resalté que, con independencia del acierto o desacierto de la propuesta argumentativa desarrollada por el recurrente, la comparación normativa efectuada por el tribunal *a quo* demandaba ponderar el alcance dado a una cláusula constitucional (conf. punto 2 de mi voto, resolución del 30/11/2005). En esta oportunidad, la lectura del recurso extraordinario federal bajo análisis me permite concluir que el defensor general ha logrado, con éxito, introducir un planteo de naturaleza federal, esto es, aquel atinente a la presunta lesión del *principio de legalidad* o, mejor dicho, de una de sus excepciones, en función del alegado yerro de los tribunales actuantes al interpretar la cláusula atinente a la *aplicación retroactiva de la ley más benigna*, hoy incluso afirmada no tan sólo por la ley penal sino, antes bien, por instrumentos internacionales que obligan a nuestro país y que, además, poseen carácter constitucional (conf. arts. 11, inc. 2º, DUDH, 9, CADH y 15, inc. 1º, PIDCP, de conformidad con el art. 75, inc. 22, C.N.). En este sentido, resulta claro que el recurrente invoca y compromete, de manera fundada, el alcance de un principio constitucional, cuya interpretación final corresponde a la CSJN.

3. La conclusión indicada en el punto anterior no resulta menoscabada por la posible inconsistencia del planteo defensorista —advertida por el fiscal general adjunto (conf. fs. 87/88), así como también por la señora jueza de trámite en su voto—, producto del hecho de que el recurrente habría modificado su pretensión respecto del *resultado* del procedimiento de revisión. Más allá de si resulta correcto o incorrecto propugnar, en esta presentación, una solución final diferente (condena condicional antes vs. absolución ahora), lo cierto es que la determinación de la validez o invalidez de la propuesta del recurrente corresponde a la CSJN, tribunal que resulta competente para examinar el recurso intentado (conf. art. 14, inc. 3º, ley 48) y, en consecuencia, determinar sus efectos. Por esta sencilla razón no resulta posible efectuar tacha alguna acerca de la oportunidad de la invocación de la garantía cuya presunta lesión habilita, ahora, la instancia extraordinaria federal.

4. En consecuencia, voto por conceder el recurso extraordinario federal deducido por el defensor general ante este Tribunal.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 72/84 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 68 punto 2.

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

XXII

“SAURET, DIEGO BALTASAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘SAURET, DIEGO BALTASAR S/CIRCULAR A MAYOR VELOCIDAD’”

RECURSO DE QUEJA: Depósito. Ingreso. Oportunidad

Expte. nº 4168/05 - 1º/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Acude en queja ante este Tribunal el Sr. Diego Baltasar Sauret por la denegación del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto (fs. 40/44).

La jueza de trámite lo intimó a cumplir con el depósito previsto para las quejas dentro del quinto día de notificado bajo apercibimiento de declarar desistido el recurso (fs. 57, punto 2).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Al haberse vencido el término de la intimación cursada sin que el recurrente cumpliera con el depósito, corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34, párr. 3º, de la ley 402, tener por desistido el recurso de queja interpuesto oportunamente.

Los jueces JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

En la causa “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —nº 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, sostuve que, en casos como el presente, la intimación del pago del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 debe efectuarse recién al momento de decidirse la queja, en la medida en que se resuelva que el recurso de inconstitucionalidad no es formalmente procedente. Por los fundamentos expuestos en el precedente aludido, y atento el estado de la causa, considero que no corresponde aún exigir el pago del depósito y deberían tratarse los agravios planteados en la queja. Sin embargo, toda vez que la mayoría del Tribunal ha decidido tener por desistido el recurso, resulta inoficioso expedirme sobre el particular.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja interpuesto oportunamente (fs. 40/44).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la alzada junto con el expediente principal.

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

XXIII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘BÁRTULOS, ALICIA NORMA Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)’”, AGREGADO AL EXPTE. Nº 510/00 DEL REGISTRO DEL FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Docente. Salario. Adicional. Rubros remunerativos. Interpretación y aplicación de normas locales. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 3982/05 - 1º/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Procuración General de la Ciudad a fs. 364/373 y los actores, docentes dependientes de la Secretaría de Educación, a fs. 374/380vta., interpusieron recurso extraordinario federal contra la decisión de fecha 2 de noviembre de 2005 por la que el Tribunal decidió hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, revocar la sentencia en cuanto declara el carácter bonificable de los adicionales creados por medio de los decs. 4748/90 y 1442/98, y rechazar la queja respecto de los restantes agravios contenidos en ella.

Corrido el traslado, la Procuración General de la Ciudad solicitó su rechazo (fs. 385/388vta.). A fs. 391/394vta. contestó el traslado conferido, la parte actora la que solicitó el rechazo del recurso extraordinario interpuesto a fs. 3464/373.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Las apelaciones extraordinarias deducidas por la Procuración General de la Ciudad y por la parte actora no resultan admisibles, en tanto los decs. 4937/91, 5787/91, 1442/98, 4748/90, la ordenanza 40.593 y la CCBA —todas normas locales no tachadas oportunamente de inconstitucionales por los recurrentes— brindan apoyo suficiente a la sentencia atacada. Es decir, esas normas justifican la totalidad de lo resuelto, de un modo independiente de normas federales, y sin que medie en su aplicación la arbitrariedad que invocan los recurrentes (a fs. 368vta./370vta. el Gobierno de la Ciudad, y a fs. 380/380vta. los actores). En este último aspecto, la Corte tiene dicho que, la denuncia de arbitrariedad, no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y que esa tacha no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos de desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, entre otros). Las circunstancias apuntadas privan a la cláusula constitucional invocada por la parte actora (art. 14 bis C.N.), de relación directa con la solución del caso [*Fallos*, 300:130 y TSJ *in re* “Alto Palermo Shopping Argentino S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Alto Palermo Shopping Argentino S.A. c/GCBA (DGR —resol. 3106-DGR/00— s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, expte. n° 2094/03, sentencia del 21/5/2003].

A su vez, tampoco surte la jurisdicción extraordinaria de la CSJN la interpretación de normas y actos locales (*Fallos*, 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre muchos otros).

Finalmente, el Gobierno señala que las palabras “no remunerativo” podrían legítimamente tener un alcance distinto en distintos contextos, y que cuando las emplea un órgano para establecer que un adicional no debe ser computado a los fines de liquidar el SAC está ordenando que así sea, por lo que no puede el juez desconocer el mandato sobre la base de considerar que ha hecho un uso incorrecto de dichas palabras, precisamente porque está ordenando, y no describiendo. Sobre esta base, sostiene que la sentencia del Tribunal, al confirmar la de cámara en lo que hace al carácter remunerativo del los adicionales, está apoyada en argumentos inconducentes por estar referidos a la legislación nacional (la ley 24.241, modificatoria de la ley 18.037) y a la doctrina elaborada a propósito de ella, y, en consecuencia, viene a imponer una regla nacional para resolver una cuestión local, con palmario desconocimiento de lo que disponen los arts. 31, 121 y 129, C.N. y el 80, inc. 2º a) y 104, inc. 9º, CCBA. Lo cierto es que el mentado agravio ha sido desarrollado al interponer la presente apelación, y es doctrina recibida aquella según la cual el recurso extraordinario no es apto para introducir planteos novedosos por relevantes que fueran.

Por las razones dadas, voto por denegar los recursos extraordinarios federales planteados, con costas.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano respecto de la denegación de los recursos extraordinarios interpuestos por el GCBA (fs. 364/373) y por la actora (fs. 374/380 vta.) con apoyo en los argumentos que expongo en los apartados que siguen.

A) Recurso del GCBA.

2. El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente. Sin embargo, no puede ser admitido.

La recurrente impugna, por inconstitucionalidad y arbitrariedad, la sentencia del Tribunal en cuanto “mantuvo la decisión de Cámara” que reconoció jurisdiccionalmente el carácter remunerativo de los adicionales implementados por los decs. 4937/91 y 5787/91.

El GCBA invoca los derechos establecidos en los arts. 1º, 17, 18, 19, 31 y 33, C.N.

En la sentencia recurrida, adherí al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, quien no trató los agravios del Gobierno vinculados a dicha cuestión pues, consideró que las razones que el Tribunal ya había expuesto en otros precedentes (“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3565 resolución del 26/5/2005) daban “suficiente respuesta al cuestionamiento relativo al carácter remunerativo que la sentencia reconoció a los adicionales establecidos en los decs. 4937/91 y 5787/91”, con remisión a lo dicho en aquella oportunidad.

El recurso extraordinario reproduce, en esta materia, los términos del recurso de inconstitucionalidad denegado sin refutar —ni mínimamente— los motivos que fundaron la inadmisibilidad de la queja.

Resulta aplicable, entonces, la doctrina de la CSJN según la cuál las decisiones de los tribunales locales que declaran la improcedencia de recursos de esa naturaleza son, en principio, irrevisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819 y 311:101, entre otros y de este Tribunal, la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2184/03, resolución del 13/8/2003).

3. Los razonamientos expuestos en la presentación de fs. 364/373 sólo revelan el desacuerdo de la quejosa con la solución del pleito sin articular un caso federal.

Según lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y que no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129; entre otros).

4. El GCBA sostiene que el fallo parcialmente confirmado por el Tribunal —al obligar a su parte a liquidar el SAC con sustento en el pretendido carácter remunerativo de ciertos adicionales— vulnera la autonomía local (arts. 31, 121 y 129, C.N.) dado que, según lo entiende, la Cámara “pretende hallar el auténtico concepto ‘remunerativo’ en la ley 24.241” extendiendo, por lo tanto, “la jurisdicción nacional sobre asuntos que son de neto corte local” (fs. 370).

La recurrente señala que “ninguna mención se efectúa sobre el particular en la sentencia dictada por el Tribunal Superior” (fs. 372 vta.). En tanto el recurso de inconstitucionalidad denegado no contenía ninguna referencia a esta cuestión que, recién es presentada en el recurso extraordinario federal, nada correspondía decir en la sentencia.

En consecuencia, la extemporaneidad del planteo define el rechazo de este agravio.

5. Con fundamento en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA, con costas.

B) Recurso de la actora.

6. El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente. Sin embargo, no puede ser admitido.

Las manifestaciones formuladas por la recurrente en el escrito de fs. 374/380 vta. son insuficientes para habilitar el tratamiento del recurso por la CSJN.

La actora impugna, por inconstitucional, la sentencia del Tribunal en cuanto reconoció jurisdiccionalmente la naturaleza no bonificable del suplemento creado por el dec. 1442/98.

Ella sostiene que el decreto mencionado es contrario al ordenamiento legal vigente, en general, y al art. 14 bis, C.N., en particular (fs. 379).

La recurrente se limita a citar derechos y principios constitucionales —presuntamente afectados— sin articular una cuestión federal ya que, esa mención no es acompañada, luego, por un desarrollo argumental que explique o justifique el agravio invocado.

7. Los docentes critican la interpretación del Tribunal en torno al carácter no bonificable de los adicionales referidos más arriba pues —según lo entienden— ella es contraria a los términos del art. 43, CCBA en cuanto dispone que “el tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme los principios del derecho de trabajo” y aquí se decidió “en perjuicio de los docentes” (fs. 379).

Este motivo de impugnación tampoco habilita la vía extraordinaria intentada ya que su dilucidación sólo requiere interpretar normativa infraconstitucional de naturaleza local, cuestión ajena al ámbito del recurso presentado y, en tal sentido, resulta aplicable la reiterada doctrina de la CSJN que excluye la existencia de una cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de interpretar normas y actos locales (*fallos* 114:42, 273:347, 288:201, entre muchos otros).

8. La recurrente afirma que la decisión del Tribunal es arbitraria ya que ignora la Ley de Dignidad del Salario Docente (fs. 380) y comprende una “consideración sólo aparente de los hechos expuestos, con manifiesto error en cuanto a la aprehensión de su significado” (fs. 380 vta.).

Los razonamientos de la presentación de fs. 374/380 vta. revelan únicamente el desacuerdo de la actora con la solución del pleito sin articular, tampoco en este punto, una cuestión federal.

Como lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos* 235:654; 244:384; 248:129; etc.).

9. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por la actora, con costas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a los fundamentos y a la solución contenida en el voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto arriba a la propuesta de denegar los recursos extraordinarios interpuestos por la parte actora y el GCBA.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oteiza, Elsa Beatriz c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 4000/05. El matiz que distingue a este caso de “Oteiza” (recurso extraordinario federal) reside en que, a diferencia de aquél, en que sólo recurría el GCBA, en *el sub examine* ambas partes impugnan la decisión del Tribunal. No obstante ciertas observaciones menores sobre cuya base completaré la fundamentación de mi voto, comparto la solución propiciada por el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, en el sentido de denegar los recursos extraordinarios federales interpuestos por el GCBA (fs. 364/373) y por la actora (fs. 374/380 vta.). Los fundamentos que desarrollé para denegar el recurso del GCBA *in re* “Oteiza”, ya citado, son extrapolables a mi decisión de rechazar idéntico recurso interpuesto por la actora, y a ellos me remitiré por razón de brevedad.

2. En este caso, ninguno de los recurrentes controvierte seria y fundada-mente cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto al recurso interpuesto por el Gobierno de la Ciudad, a los argumentos expuestos en ocasión de resolver la causa “Oteiza” (REF), sólo agregó que la polisemia que esta parte atribuye a la noción “remuneratorio”, predicado del carácter que se atribuyó a los adicionales dispuestos por los decs. 4937/91 y 5187/91, no alude a otra cosa más que al marco, razonablemente limitado, de interpretaciones plausibles en que la Cámara podía dar encuadre normativo-hermenéutico a las disposiciones contenidas en los decretos mencionados—yo considero, además, que la interpretación escogida fue, no sólo una plausible entre varias, o muchas, sino *la más elegible*, a tenor de criterios de interpretación que el recurso no se ocupa de rebatir convincentemente, en el supuesto de que pudiera hacerlo—. Descartada cualquier falta, escasez o ilogicidad de fundamentos en la sentencia de Cámara, confirmada parcialmente por este Tribunal, sólo cabe concluir que el GCBA impugna el decisorio *porque no le agrada* el criterio de elegibilidad hermenéutica aplicado al concepto “remuneratorio” como calificativo del suplemento salarial establecido por los decretos locales citados *supra*. Si *la sentencia no complace* porque aplica las normas, valora los hechos o, como en este caso, pondera criterios razonables de interpretación normativa y elige uno distinto del que preferiría el recurrente, se concluirá que el decisorio reconoce cierta obligación de aquél, que la sentencia lo condena a cumplirla y que ello no le agrada a quien acciona pero, técnicamente, su disgusto no deviene en un *agravio federal* jurídicamente admisible.

3. En cuanto al recurso interpuesto por la actora, se aplican paritariamente los mismos argumentos que conducen a desestimar el recurso del Gobierno

local. De este modo, no se plantea a su respecto cuestión federal alguna —me refiero, particularmente, a los criterios de interpretación aplicados en el decisorio de Cámara y confirmados por el Tribunal en lo que atañe al concepto “no bonificable”, predicado de los mismos suplementos salariales respecto de los que, fundadamente, se admitió su carácter remunerativo—. Sólo voy a agregar que el fundamento principal de mi decisión en la sentencia ahora recurrida no fue otro que la aplicación del principio *in dubio pro operario* al que, sin embargo, la actora pretende infundir en esta instancia un significado que —sostenible o no— también se sustenta en el hecho de que, en este aspecto, “la sentencia no le gusta”, actitud disposicional a partir de la cual aquella pretende sobreimponer una determinada interpretación de normas locales que contradice lo que ya fue (razonablemente) resuelto por la sentencia impugnada.

4. En razón de lo expuesto en los puntos anteriores, voto por denegar los recursos extraordinarios federales planteados, con costas.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la actora a fs. 374/380, con costas.

2º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la demandada a fs. 364/373, con costas.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 359.

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

XXIV

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘OTEIZA, ELSA BEATRIZ C/GCBA S/COBRO DE PESOS’”, AGREGADO AL EXPTE. Nº 2563/00 DEL REGISTRO DEL FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Salario. Adicional. Rubros remunerativos. Interpretación y aplicación de normas locales. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4000/05 - 1º/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 326/334 vta.) contra la sentencia del 16 de noviembre de 2005 por la cual el Tribunal admitió parcialmente los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por dicha parte y revocó la decisión de fs. 184/195 vta. en cuanto condenaba al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora y reconocía el carácter bonificable del adicional implementado por el dec. 1442/98.

2. Corrido el traslado del recurso, la actora solicitó su rechazo (fs. 337).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente. Sin embargo, no puede ser admitido.

Las manifestaciones formuladas por el GCBA en el escrito de fs. 326/334 vta. son insuficientes para habilitar el tratamiento del recurso por la CSJN.

La recurrente impugna, por inconstitucional, la sentencia del Tribunal en cuanto “mantuvo la decisión de Cámara” que reconoció jurisdiccionalmente el carácter remunerativo de los adicionales implementados por los decs. 4937/91 y 5787/91.

El GCBA sostiene que la decisión de fs. 312/321 es arbitraria y afecta, por esa razón, los derechos establecidos en los arts. 1º, 17, 18, 19, 31 y 33, C.N.

En la sentencia recurrida, no traté los agravios del Gobierno vinculados a dicha cuestión pues, consideré que los defectos formales de la queja me impedían entrar en el análisis del asunto y que, en este punto, el desarrollo argumental del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad era acertado y coincidía —sustancialmente— con el criterio que, en expedientes similares al presente, adoptó el Tribunal (conf. mi voto en: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3928; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3899 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3898).

El recurso extraordinario reproduce, en esta materia, los términos del recurso de inconstitucionalidad denegado sin refutar —ni mínimamente— los motivos que fundan la inadmisibilidad de la queja.

Resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina de la CSJN según la cual las decisiones de los tribunales locales que declaran la improcedencia de recursos de esa naturaleza son, en principio, irrevisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos* 299:268; 302:1040; 307:819 y 311:101, entre otros y de este Tribunal, la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionali-

dad denegado, en: ‘Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2184/03, resolución del 13/8/2003).

2. Los razonamientos expuestos en la presentación de fs. 326/334 vta. sólo revelan el desacuerdo de la quejosa con la solución del pleito sin articular un caso federal.

Según lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y que no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129; entre otros).

3. El GCBA sostiene que el fallo parcialmente confirmado por el Tribunal —al obligar a su parte a liquidar el SAC con sustento en el pretendido carácter remunerativo de ciertos adicionales— vulnera la autonomía local (arts. 121 y 129, C.N.) dado que, según lo entiende, la Cámara “pretende hallar el auténtico concepto de ‘remunerativo’ en la ley 24.241” extendiendo, por lo tanto, “la jurisdicción nacional sobre asuntos que son de neto corte local” (fs. 104 vta. de la queja).

La recurrente afirma, además, que “ninguna mención se efectúa sobre el particular en la sentencia dictada por el Tribunal Superior” (fs. 334, párr. 1°). Sin embargo, era lógico que así fuera ya que el recurso de inconstitucionalidad denegado no contenía ninguna referencia en relación con este asunto que, recién es presentado en el recurso extraordinario deducido.

En consecuencia, la extemporaneidad del planteo define, también, el rechazo de este agravio ya que el recurso extraordinario federal no es la vía apta para su introducción por relevante que fuera.

4. Con fundamento en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA con costas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución que contiene el voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propone denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte demandada.

2. En primer lugar, el recurso interpuesto por el GCBA no resulta admisible toda vez que la cuestión debatida en esta causa no reviste carácter federal. La decisión recurrida interpreta y se funda en los decs. 4937/91, 5787/91, 1055/92, 667/00, 1442/98 y la ordenanza 40.593 —todas éstas, normas locales no tachadas oportunamente de inconstitucionales por la recurrente—. Por ello, resulta aplicable la constante jurisprudencia de la CSJN que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de la interpretación de normas y actos locales (*Fallos*, 114:42; 273:347; 303:769; 308:1577, entre muchos otros).

A partir del encuadre normativo antes reseñado, era indispensable que la parte interesada relacionara de manera directa la materia del litigio con los preceptos de naturaleza federal invocados, con la finalidad de habilitar la instancia de excepción ante el Tribunal cívico. Sin embargo, en el *sub examine* los pretendidos agravios federales no han sido expuestos de manera eficiente ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

3. En segundo término, la recurrente intenta suplir la ausencia de cuestión federal mediante la invocación de la doctrina de arbitrariedad de sentencia. Considera que el decisorio prescindió “absolutamente de los argumentos de esta parte” (fs. 330). Sin embargo, y tal como lo señala la señora jueza de trámite en su voto, la doctrina de la arbitrariedad no cubre las divergencias del apelante con la sentencia recurrida. En verdad, el recurso expresa, exclusivamente, la discrepancia de la demandada con la interpretación efectuada por el Tribunal respecto de aquellas normas locales que dieron fundamentos al decisorio cuestionado, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad.

Por las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal planteado. Costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. No obstante haber cumplido la recurrente con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, el recurso extraordinario federal deducido no puede prosperar, puesto que en el caso no se debate cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

2. En esta controversia, al pronunciarse acerca de la procedencia de la queja y el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la Procuración General contra la sentencia de Cámara (fs. 184/195), el Tribunal resolvió dos cuestiones centrales. En primer lugar, dispuso revocar dicho decisorio en cuanto condenaba al GCBA a regularizar la situación de los aportes previsionales de la actora y declaraba el carácter bonificable del adicional implementado por los decs. 4937/91 y 5187/91. En segundo lugar, el TSJ confirmó de modo implícito la interpretación de tales normas por la alzada en tanto su resolución significó asignar o reconocer, según puntos de vista diversos, el carácter remunerativo de los suplementos mencionados que, de este modo, se integraron en la base de cálculo para determinar el sueldo anual complementario.

La recurrente impugna este último aspecto de la decisión del Tribunal y funda su recurso, exclusivamente, en el motivo llamado “arbitrariedad”. Específicamente, la ilogicidad que la recurrente imputa a la sentencia involucra

tres cuestiones: dogmatismo, omisión de tomar en cuenta argumentos expuestos por el GCBA (fs. 330/332) y “lesión severa” de la autonomía de la CABA (fs. 332/334).

3. En la sentencia recurrida, yo expuse que, dada la analogía sustancial que las cuestiones tratadas en este caso exhibían respecto de las adoptadas por el Tribunal en múltiples expedientes anteriores, me remitiría a mis votos en dichas causas, por los mismos fundamentos y por razón de brevedad (aludía entonces a los precedentes “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3928; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3899 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3898, y en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Parotti, María Elena y otros c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 3912 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 3879).

En lo que sigue, ceñiré mi análisis al único aspecto de aquel decisorio que aún es pertinente reexaminar conforme al nuevo planteo recursivo del Gobierno local. Al respecto, consideré en el voto que integra la sentencia puesta en crisis que debía rechazarse el recurso entonces interpuesto, referido a la interpretación que la sentencia de Cámara concedía a la naturaleza de los rubros remuneratorios reclamados, en tanto, precisamente, los titulaba como *remuneratorios*, frente a una impugnación de inconstitucionalidad de la propia demanda sobre las reglas que consideraban a esos rubros de otra manera. Esta interpretación, sostuve, no podía ser alcanzada por el recurso, pues sólo constituía una discrepancia de mérito —hecho o derecho común— con aquello que fue interpretado (conf. especialmente mi voto en “Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]”, expte. n° 3565, punto 2 *in fine* de mi voto).

En el recurso extraordinario federal ahora planteado, y en el punto sobre el que aún subsiste controversia, la cuestión reseñada reaparece en términos argumentalmente más pobres que aquellos expuestos en el recurso que motivó el pronunciamiento ahora impugnado, sin que la recurrente se aproxime a rebatir la nutrida argumentación provista por el Tribunal al fallar el caso. Los pretendidos agravios federales no han sido desarrollados de manera seria, fundada y plausible, como lo impone un recurso de esta naturaleza. Así, puede leerse que el decisorio puesto en crisis constituye “una sentencia arbitraria por apartarse a la misma de claros preceptos legales y con omisiones substanciales para la solución del litigio”; “[l]a sentencia impugnada resulta el fruto de la mera voluntad de los sentenciantes” (fs. 327); “[a]l haberse demostrado, circunstanciada y concretamente, que la sentencia de autos es arbitraria, ella resulta descalificable como acto jurisdiccional” (fs. 334); luego, ya no como manifestación de mero desagrado frente a una resolución adver-

sa, sino como un yerro jurídico grave, la recurrente sostiene que el Tribunal “mantuvo la decisión de Cámara” (fs. 329 vta.), cuando lo cierto es que la revocó en diversos aspectos decisivos. Finalmente, el escrito recursivo atribuye errónea e infundadamente a este Tribunal, en dos oportunidades, un equívoco superlativo, cual es el de tratar como idénticos los conceptos “remunerativo” y “bonificable” (conf. fs. 328 y 332 vta.).

4. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal en este caso, la recurrente procura introducirla merced a la invocación de la doctrina que, como lo he señalado con tanta recurrencia como paciencia, es uno de los motivos del atraso y la ineficacia de la CSJN a través del tiempo y una de las razones principales por las que ese Tribunal se apropió de una cantidad innumerable de casos, para alcanzar el poder de interpretar derecho común o valorar prueba y criterios hermenéuticos de otros tribunales, esto es, para operar como tribunal de mérito, tareas éstas que le estaban razonablemente vedadas de acuerdo con nuestro sistema federal de organización judicial. Aplicado a la vía recursiva ahora intentada por el GCBA, aquello anteriormente expuesto, relativo a la llamada *arbitrariedad* de la sentencia, “agravio” en el que genuinamente *se agota* este nuevo recurso planteado, reitero mi rechazo de la *arbitrariedad* como motivo autónomo de procedencia del recurso de inconstitucionalidad o extraordinario local, puesto que tampoco lo acepto como motivo de procedencia del recurso extraordinario federal —menos aún, en la forma en que lo ha diseñado y sostenido la Corte Suprema a lo largo de un período que se mide ya por lustros y que, al menos parcialmente, permite entender planteos sustentados en tal doctrina de un modo tan implausible como lo desarrolla en este caso la recurrente—. En efecto, sobre las tres cuestiones que involucra la crítica de la sentencia, no se ha demostrado un déficit de fundamentación que permita descalificar el pronunciamiento cuestionado como acto jurisdiccional válido. En tales circunstancias, el Tribunal ha señalado acertada y sostenidamente que la interpretación de normas comunes locales, más allá del acierto o desacierto del tribunal de mérito, constituye una cuestión propia de esos tribunales y ajena a su jurisdicción en vía extraordinaria.

5. Por último, y vinculado con el intento de impugnar criterios de interpretación razonables aplicados por el Tribunal o la Cámara, comparto el criterio de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, en tanto rechaza la pretensión de la recurrente, en el sentido de que el fallo impugnado vulnera la autonomía local dado que, alega, “...la Cámara en el fallo parcialmente confirmado por el Tribunal Superior... pretende hallar el *auténtico concepto* ‘remunerativo’ en la ley 24.241” [énfasis en el original], lo que, a su criterio, implica extender “la jurisdicción nacional sobre asuntos que son de neto corte local y con ello obviamente, se vulnera los arts. 121 y ss. y 129, C.N. en detrimento de los derechos de esta parte” (fs. 331 vta.). Como lo señala mi colega, la jueza Ruiz, el recurso de inconstitucionalidad denegado no contenía referencia alguna a la presunta afectación de la autonomía local, razón por la cual el planteo resulta extemporáneo (conf. su voto, punto 3).

6. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA a fs. 326/334 vta., con costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA a fs. 326/334, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 321.

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

XXV

“LATINOCONSULT S.A. - PROEL SUDAMERICANA S.A. - ARINSA S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS C/GCBA S/OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO ESTATALES S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4023/05 “LATINOCONSULT S.A. - PROEL SUDAMERICANA S.A. - ARINSA S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LATINOCONSULT S.A. - PROEL SUDAMERICANA S.A. - ARINSA S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS C/GCBA S/OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO ESTATALES’”

RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO: Requisitos de admisibilidad. Supervisión y vigilancia de las obras y trabajos de mantenimiento. Renegociación contractual. Pago de deuda vencida a cargo del GCBA. Parte de recepción definitiva. Intereses. Aplicación del régimen jurídico general en materia de contrataciones. Régimen especial pactado por las partes. Doctrina de los actos propios. Principio de buena fe

Expte. nº 4100/05 - 1º/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Unión Transitoria de Empresas conformada por Latinoconsult S.A., Prole Sudamericana S.A. y Arinsa S.A. (en adelante: la UTE) demandó al Gobierno local el cobro de una deuda vencida contraída por el GCBA con las empresas a raíz del contrato que celebrara con ellas, cuyo objeto consistió en la prestación por la UTE de las tareas de supervisión y vigilancia de las obras y trabajos de mantenimiento, concesionadas a otras empresas, tomando intervención como “Órgano de control” en aquellas concesiones. Por dec. mpal. n° 5407/91 se adjudicó a la actora la supervisión referida a los hospitales Ramos Mejía, Álvarez, Odontológico, Alvear, Tornú, Roca, Argerich, Zubizarreta, Vélez Sarsfield y Fernández. El contrato fue posteriormente renegociado (fs. 12/35).

Admitida y resuelta una excepción, el Gobierno local contestó la demanda (fs. 250/256).

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la UTE y condenó al Gobierno a pagar a la actora, por distintos conceptos, la suma total de \$ 1.253.371,59, más sus intereses, e impuso las costas en un 70 % a la parte demandada y un 30 % a la parte actora.

2. La sentencia fue apelada por ambas partes. A fs. 505/521 la Procuración General expresó los agravios de su parte y a fs. 523/541 hizo lo propio la UTE.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones rechazó en su totalidad el recurso deducido por la parte actora, hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revocó la sentencia de primera instancia en cuanto admitió el pago de facturas impagas y la procedencia de intereses sobre los intereses de una parte de la deuda. Además modificó la imposición de costas e impuso las de ambas instancias en el orden causado (fs. 784/805).

3. La UTE planteó recurso ordinario de apelación (fs. 809) y recurso de inconstitucionalidad (fs. 810/825). La Sala concedió el recurso de apelación y rechazó el de inconstitucionalidad (fs. 826).

La actora presentó ante el Tribunal el memorial de agravios de la apelación (fs. 833/848) que fue contestado por la Procuración General (fs. 851/863 vta.), y una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que fue acumulada a este expediente (fs. 906/917). La UTE solicitó que se difiera el trámite de la queja a resultados de la admisibilidad del recurso de apelación.

El fiscal general adjunto dictaminó (fs. 924/926) sin expedirse sobre el fondo dado que no consideró comprometido el interés social ni normas constitucionales o de derecho público.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Según lo establecido por el Tribunal a partir del fallo dictado en los autos “Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrati-

vos”, expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001 (en *CyJ, Fallos TSJBA, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.), el recurso ordinario de apelación ante ese Tribunal requiere, para su admisibilidad: *a)* que la Ciudad sea parte; *b)* que el valor debatido ante esta instancia sea superior a \$ 700.000, y *c)* que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva.

El recurso de la parte actora cumple con esas tres condiciones de admisibilidad: la recurrente impugna, en tiempo oportuno, una sentencia dictada en una causa en que la Ciudad es parte, cuyo valor cuestionado supera el mínimo antes citado, previsto por el art. 26, inc. 6°, de la ley 7, modificado por el art. 2° de la ley 189, y que ha resuelto en segunda instancia la cuestión de fondo debatida en el juicio.

Admitido el recurso, corresponde considerar su procedencia.

2. De todas las cuestiones planteadas en la demanda y en el recurso de apelación, resueltas en las instancias anteriores, la parte actora sólo trae a decisión del Tribunal la referida a la supuesta deuda del Gobierno local por trece facturas mensuales impagas correspondientes a los servicios del período octubre de 1993 a octubre de 1994, por la suma de \$ 1.170.000,00 más sus intereses. La cuestión a resolver radica en si era exigible (o no lo era) que la autoridad administrativa expidiera los partes de recepción definitiva, previstos en la reglamentación vigente en la ex Municipalidad o si, por el contrario, la actora y la demandada, a resultas del Acta de Renegociación n° 1, de fecha 15/4/1994, al modificar ciertas cláusulas del contrato originario, establecieron un sistema específico de certificación de trabajos, presentación de facturas y pagos.

A. La jueza de primera instancia consideró que la actora cumplió el mecanismo contractual previsto en el Acta de Renegociación —diferente del legal y reglamentario— y por ello hizo lugar a la demanda en cuanto a este punto (fs. 466 vta./467 vta.).

En la alzada, el voto en minoría del juez Horacio Corti compartió esa posición pues aunque recordó con precisión y detalles el régimen legal y reglamentario vigente en la materia (integrado por la reglamentación del capítulo VI de la “Ley de Contabilidad”, dec. ley 23.354/56, aprobada por dec. 5720/72 y sus modificatorias —aplicable en la Ciudad de acuerdo con la ordenanza 31.655— y por el dec. 7522-GCBA/78), y destacó el valor asignado por la regulación al “Parte de Recepción Definitiva” (que es caracterizado como el “único documento para el trámite de pago”), al admitir el planteo de la actora referido a que “el Acta [de renegociación], en su art. 6.2, contiene un mecanismo especial para reglar la entrega y el pago, que al ser cumplido por ella, torna exigible la deuda. El art. 6.2. contiene un mecanismo complejo (en la medida en que correlaciona al Estado, a los concesionarios y al órgano de control), que, efectivamente, *tiene como finalidad la de sustituir al sistema general vigente*” y si bien pone en duda la validez del contrato mismo (véase punto VIII, último párrafo, fs. 788) y de esas cláusulas que sustituyen el régi-

men reglamentario (punto XIII, fs. 793/795 vta.), deja en claro que la Procuración General no invocó en ninguno de sus escritos la nulidad de las cláusulas contractuales aplicadas y que ello impide su consideración de oficio por el Tribunal desde la perspectiva del principio de congruencia (punto X de su voto, fs. 190 y vta.).

B. La Procuración General, (véase fs. 511/515, segundo agravio), planteó ante la alzada que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que sólo es posible el pago de una factura si se presenta el parte de recepción definitiva, tal como lo establece el dec. 7522/78 y que ese requisito que no se cumplió en relación con esas facturas.

La Sala I, por mayoría, admitió el agravio y revocó la sentencia en ese punto. El fundamento de la decisión fue que el contrato administrativo “no podía dejar sin efecto la normativa general de la Ciudad en materia de contrataciones —prevista, entre otras normas, en el dec. 7522/78— pues ello hubiera implicado la derogación singular de un acto de alcance general” (fs. 805, punto II, párr. 4º, del voto del juez Carlos Balbín al que adhirió el juez Esteban Centanaro).

3. La UTE recurre la sentencia de la Cámara pues, con apoyo en los argumentos del juez Corti, afirma que las partes establecieron un régimen especial para acreditar la realización de los trabajos, certificar la conformidad del comitente y disponer y efectuar el pago. Sostiene que el decreto invocado por la Sala (nº 7522/78) no es aplicable al caso, toda vez que, entre otras consideraciones, en el “Acta de Renegociación nº 1” se estipuló un régimen o procedimiento para el pago diferente al que se prevé en el decreto mencionado.

En verdad, y para evitar reiteraciones innecesarias, es dable remitirse a la detallada enunciación del régimen contractual aplicable al caso que efectúa el Dr. Horacio Corti en el punto XIII.3 de la sentencia recurrida (fs. 794 y vta.); donde consigna que de acuerdo con la renegociación contractual de fecha 15/4/1994, se pacta que la retribución de la UTE sería abonada a partir del 1/10/1993 por la Comuna, directamente, en 63 pagos mensuales, iguales y consecutivos de \$ 90.000; que ello ocurriría luego de 30 días corridos contados a partir de la fecha convenida para la presentación de cada factura; y que en caso de mora, los montos adeudados devengarían un interés equivalente a la tasa activa para préstamos a treinta días del Banco Ciudad.

4. Más allá de la gravedad que conlleva un obrar de la Administración por el que se desprende aún de la mínima facultad de control de lo que hacen su propios concesionarios, como se afirma con corrección en la sentencia recurrida al señalar que “la potestad de control no puede ser totalmente transferida, por medio de un segundo contrato, a otro actor privado (...) resulta contrario no sólo a elementales ideas de la soberanía estatal, del cometido estatal primario de asegurar el interés público y de la concomitante titularidad estatal de ciertas funciones, sino a los imperativos derivados de la idea jurídica cen-

tral de transparencia en la gestión pública”; digo, más allá del asombro que genera esta actitud propia de un Estado desertor de sus cometidos, como lo son la supervisión y vigilancia de otros contratistas públicos, no puede perderse de vista un dato esencial: que la Procuración General no ha puesto en debate en este juicio la validez del contrato ni de sus cláusulas.

5. El fallo recurrido debe ser revocado.

El esfuerzo argumentativo del voto de la mayoría para prescindir de la aplicación de las reglas pactadas entre la empresa y la ex Municipalidad no rebate las siguientes cuestiones:

- a) que el régimen reglamentario y el régimen pactado por la partes son diferentes y no se complementan sino que se sustituyen;
- b) que, en los hechos, el contrato administrativo dejó de lado la normativa general de la Ciudad en materia de contrataciones, y estableció una norma singular para el caso;
- c) que la validez de ese contrato o de tales cláusulas no fue objetada por la Administración;
- d) que la resol. 64-SSG y SSGyAF/98 que autorizó a la Comisión Verificadora de Deudas de la ex Municipalidad a autorizar el pago de deudas que no cumplieran con los recaudos del dec. 7522/78 si por la fecha, objeto y modo de contratación correspondiera aplicar una “normativa específica” es plenamente atinente en la especie pues, la normativa específica a la que hace mención la resol. 64 fue estipulada para el caso, por el contrato y su renegociación. Al respecto, recuerdo que en el caso “Doy” señalé ya que “no debe confundirse la ‘norma’ con su ‘fuente de producción’ —fuente que podrá ser la ley, el decreto, un reglamento subalterno, la costumbre, el acto o el contrato—, ni tampoco asimilarla a un artículo, cláusula o disposición de alguno de ellos. /En muchos casos, la norma debe ‘construirse’ o ‘recrearse’ con los enunciados contenidos en una misma fuente o en fuentes diversas, mediante un proceso de consolidación. La coincidencia entre fuente y norma no es imprescindible ni absoluta, más allá de que tal correspondencia pueda constatare de ordinario”. En la misma sentencia, el juez Guillermo A. Muñoz expresó “que se trate de una norma paccionada no cambia la cuestión ni altera su naturaleza. La sanción de normas paccionadas constituye una realidad conocida y de uso frecuente. En el marco de la variada tipología que ofrece nuestro derecho positivo, hay normas que se limitan a formalizar un contrato cuyo contenido incorporan con o sin modificaciones. Se trata de normas que tienen su origen en un acuerdo que constituye su antecedente material y al que tienden a ejecutar en todo o en parte. En estos casos no puede confundirse el antecedente material de la norma con la norma misma. Por tal motivo, las normas de origen paccionado sólo adquieren vigencia para sus destinatarios a

partir del acto de voluntad estatal que torna coactivamente exigible la conducta, esto es lo que ocurre en el caso” (in re: “Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad”, expte. n° 52/99, sentencia del 20/4/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 107 y ss.);

- e) guste o no, la reglas pactadas sustituyeron el procedimiento administrativo de acreditación del cumplimiento de la prestación reglamentariamente preestablecido y la decisión de la Cámara de prescindir de la aplicación de la normas acordadas, sin declarar su invalidez, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable al caso, de acuerdo con las circunstancias normativas y fácticas acreditadas.

6. Admitir la tenue defensa de la Procuración General referida a la aplicación del dec. 7522/78 permite que el Gobierno adopte una actitud contraria a sus propios actos anteriores, sin cuestionar su validez. Es sabido que es inadmisibles la pretensión que importa ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces. También, que la doctrina de los actos propios enlaza en el principio de buena fe que exige a los sujetos proceder en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con coherencia y respeto a la palabra dada, lo que veda que asuma en el juicio una actitud que lo coloque en contradicción con su conducta precedente (*venire contra factum proprium non valet* —principio receptado tempranamente por el Tribunal cimero in re: “Don Francisco Arigós contra D. Francisco Villanueva, por cobro ejecutivo de pesos” (*Fallos*, 7:138), sentencia del 8 de abril de 1869—).

7. Cualquiera que sea el juicio personal que merezca la convención que da base al reclamo y sus renegociaciones, y advierto que el mío es de reproche por importar la abdicación del Estado del control y vigilancia de otros contratistas públicos, el Tribunal no puede —como lo señaló, entre otros, en los casos “Sanecar”, sentencia del 5/11/2003, expte. n° 1860/02 y “Hotel Corrientes”, sentencia del 26/5/2004, expte. n° 2564/03 y su acumulado expte. n° 2565/03— tratar cuestiones que no hayan sido planteadas por las partes en los escritos constitutivos de la *litis*, ni traídos a su decisión en esta instancia recursiva ordinaria mediante la adecuada formulación de agravios

8. Por todo lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso ordinario de apelación planteado por la UTE recurrente y, en su mérito, revocar la sentencia de Cámara y confirmar la de primera instancia en cuanto al pago de la suma de \$ 1.170.000,00 correspondiente al rubro facturas impagas, con más los intereses sobre dicho importe según se decidiera en tal pronunciamiento.

En atención a la forma en que se resuelve el punto antecedente, cabe referirse al planteo efectuado por la demandada en su apelación de la sentencia de primera instancia relativo a la tasa de interés aplicable al *sub examine*.

Ello así toda vez que, por los términos del pronunciamiento de Cámara, ésta no pudo previsiblemente agravarse sobre el punto. En tales condiciones, por los fundamentos expuestos por el doctor Horacio G. Corti en su voto —al que oportunamente adhirieron los doctores Carlos Balbín y Esteban Centanaro—, considero que el agravio del GCBA relativo a la tasa de interés aplicable no puede tener acogida favorable. A éstos me remito, entonces, en homenaje a la brevedad.

En cuanto a las costas de las instancias anteriores, el recurso de apelación sólo expresa el pedido de que se revoque el fallo de Cámara “en cuanto eximió al demandado de las costas que le había impuesto dicha sentencia” (en referencia a la de primera instancia). Sin perjuicio de la falta de agravios concretos sobre esta cuestión, el art. 249, CCAyT impone al Tribunal el deber de adecuar las costas “aunque no haya sido materia de apelación”. Pero el éxito del recurso no impone, *per se*, modificar la imposición de la anterior instancia. El carácter opinable y la pluralidad de cuestiones resueltas por la Cámara justifica confirmar la imposición de costas efectuada en la instancia anterior (costas de ambas —primera y segunda instancia— en el orden causado, fs. 805 vta.).

En cuanto a las de este recurso, se imponen a la vencida por el principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

La forma en que se resuelve la apelación ordinaria, torna innecesario considerar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado también planteada por la UTE (fs. 906/917).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por mi colega el juez José O. Casás en su voto.

2. El recurso de apelación ordinario interpuesto por UTE cumple con los recaudos de admisibilidad, pues: la Ciudad es parte, el valor debatido ante esta instancia es superior a los \$ 700.000 exigidos por el art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificado por el art. 2º de la ley 189. Asimismo, el recurso se dirige contra una sentencia definitiva (conf. “Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos”, expte. n° 860/01, resolución de 9/4/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, 2004, p. 83 y ss.).

3. Del memorial de fs. 833/848 (expte. 4123/05), surge que la recurrente se agravia de dos cuestiones resueltas en la sentencia: la revocación de la condena al demandado al pago del rubro “facturas impagas” y la imposición de costas.

4. Hago propios el encuadre normativo y los minuciosos fundamentos desplegados por el juez Horacio Corti en el apartado XIII de su voto, al pronunciarse en segunda instancia sobre la condena al demandado al pago del rubro “facturas impagas”, dispuesta por la sentencia de grado.

Las normas acordadas por las partes contemplaron un mecanismo que vino a sustituir el sistema general de contrataciones vigente en el ámbito de la Administración pública en materia de pago. La errática estrategia procesal del Gobierno estuvo destinada a evitar la aplicación de dicho régimen contractual sin poner en crisis su validez a través de los medios legales específicamente previstos a ese fin. Es entonces la propia actividad del GCBA la que determina la solución que propicio respecto de la deuda reclamada por UTE en concepto de facturas mensuales impagas correspondientes a los servicios que prestara durante el período octubre 1993/octubre 1994, que suman un importe total de \$ 1.170.000,00 (un millón ciento setenta mil pesos). Pues, más allá de la opinión que me merezca dicha normativa, por aplicación del principio de congruencia, uno de los pilares fundamentales de la garantía del debido proceso y del derecho de defensa, me encuentro imposibilitada de tomar en consideración argumentos que en ningún momento fueron formulados por las partes.

5. Por las razones precedentemente expresadas, comparto el planteo efectuado por mi colega, el juez José O. Casás, en el apartado 5 de su voto: el fallo recurrido debe ser revocado porque el esfuerzo argumentativo de la mayoría de la Cámara, destinado a justificar la inaplicabilidad de las reglas pactadas entre la empresa y la ex Municipalidad, no rebate las siguientes cuestiones:

- “a) que el régimen reglamentario y el régimen pactado por las partes son diferentes y no se complementan sino que se sustituyen;
- b) que, en los hechos, el contrato administrativo dejó de lado la normativa general de la Ciudad en materia de contrataciones, y estableció una norma singular para el caso;
- c) que la validez de ese contrato o de tales cláusulas no fue objetada por la Administración;
- d) que la resol. 64-SSG y SSGyAF/98 que autorizó a la Comisión Verificadora de Deudas de la ex Municipalidad a autorizar el pago de deudas que no cumplieran con los recaudos del dec. 7522/78 si por la fecha, objeto y modo de contratación correspondiera aplicar una ‘normativa específica’ es plenamente atinente en la especie pues, la normativa específica a la que hace mención la resol. 64 fue estipulada para el caso, por el contrato y su renegociación. (...)
- e) guste o no, las reglas pactadas sustituyeron el procedimiento administrativo de acreditación del cumplimiento de la prestación reglamentariamente preestablecido y la decisión de la Cámara de prescindir de la aplicación de las normas acordadas, sin declarar su invalidez, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable al caso, de acuerdo con las circunstancias normativas y fácticas acreditadas.”

6. Adhiero a los párrs. 3º, 4º y 5º del apartado 8 del voto del juez José O. Casás, respecto de lo que allí señala en cuanto a las costas y a la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, también planteada por la UTE.

7. Por todo lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de apelación ordinario interpuesto por la UTE y en consecuencia revocar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la suma de \$ 1.170.000,00 (un millón ciento setenta mil pesos), en concepto de facturas impagas; *b)* rechazar parcialmente el recurso de apelación ordinario deducido por UTE y consecuentemente confirmar la sentencia impugnada en cuanto impuso las costas por su orden; *c)* imponer las costas del recurso de apelación ordinario a la vencida; *d)* no considerar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, atento el tratamiento del recurso de apelación ordinario.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al fundado voto del señor juez de trámite, Dr. Casás, quien con solvencia y claridad agotó el tratamiento de los temas objeto del recurso analizado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por los fundamentos comunes expuestos por mis colegas, el Dr. José O. Casás y la Dra. Alicia E. Ruiz, adhiero a la solución que propician en sus votos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto la solución propuesta y los fundamentos articulados en el voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás, quien ha identificado y explicado con suficiencia las cuestiones sometidas a debate ante el Tribunal. No obstante, estimo necesario resaltar ciertas precisiones relativas a las características singulares del asunto.

2. Con respecto a los rubros reclamados por la ahora recurrente como incumplimientos contractuales (conf. fs. 28, apartado VII.2.g, “Síntesis del reclamo”), participo de las razones por las que el juez Horacio Corti reputa insatisfactorio el intento del Gobierno por controvertir la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar al rubro “facturas impagas”, a saber, la presunta exigibilidad de la deuda por los trabajos realizados en el período octubre de 1993/octubre de 1994. Fundo mi posición en la profusa documentación y su examen riguroso —especialmente de la cláusula 6.2 del Acta de Renegociación n° 1, suscripta entre las partes el 15 de abril de 1994— que obra en el punto XIII del voto en minoría del citado camarista (fs. 793/795 vta.).

Como lo señala el juez Corti, uno de los rasgos salientes del derecho administrativo es el proceso progresivo de integración normativa que aquél exhibe y que, por su parte, impone considerar en primer término las reglas, luego sus reglamentaciones y, finalmente, los documentos sobre los que las partes acuerdan en el procedimiento administrativo contractual (v. gr., el llamado a concurso, los pliegos, las presentaciones del contratista). En este marco, la validez de un contrato administrativo depende de su adecuación a las

disposiciones generales previas, legales o reglamentarias —conf. el apartado IX.2 del voto mencionado, fs. 789/790.

En contraposición a esta tendencia, cuyo sustento primario es axiológico, el art. 6.2 del Acta de Renegociación ya referida contempla un mecanismo especial que vincula al Gobierno local, a los concesionarios y al órgano de control (en este caso, la actora); su finalidad no es otra que sustituir el régimen *legal* de control de la prestación y el sistema de facturas y pagos por otro de carácter *convencional*.

3. Yo ya me he expedido sobre una colisión posible entre normas de distinto orden, la que también puede entenderse, y así lo propuse entonces, como un conflicto entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: “[N]o desconozco la necesidad de que los órganos estatales se sometan a las condiciones legales de preparación e instrumentación de los contratos, principio del derecho administrativo, dicho en otras palabras, la realidad de que ‘la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación’ (*Fallos*, 308:618; 316:382; 323:1515 y 3924; 324:3019 ...).”

“Como tampoco desconozco que, en materia de contratos administrativos, el principio de legalidad desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y somete ‘el *objeto* del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas a disponer sin expresa autorización legal’ (*Fallos*, 316:3157, en especial, consid. 7); así como que: ‘cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito de su existencia’ (*Fallos*, 323:1515 y 3924; 324:3019)...” [conf. mi voto en “Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido”, y su acumulado expte. n° 2565/03, “Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2564/03, 26/5/2004, punto 4].

En el mismo sentido, el Tribunal ha resuelto, de manera unánime, que “[e]n la ex MCBA, y en razón del carácter administrativo del contrato, regían los principios y reglas propios del derecho público...”; “cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito de su existencia” (*Fallos*, 323:1515 y 3924; 324:3019); y “La CSJN ha dicho, reiteradamente, que ‘la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación’” (*Fallos*, 308:618; 316:382; 323:1515 y 3924; 324:3019); conf. “Sanecar SACIFIA”, expte. n° 1860/02, sentencia del 5/11/2003, consid. III.3.b.

4. Los dos últimos puntos que integran esta controversia son aspectos del agravio del GCBA relativo a la tasa de interés aplicable al importe de facturas impagas y a las costas. Al respecto, hago propias las pautas sobre la base de las cuales mi colega, el juez Casás, propicia resolver ambos puntos, observación que extendiendo a los fundamentos que a tal efecto ofrece en el punto 8 de su voto.

5. Establecido aquello que antecede, voto conforme al dispositivo propuesto por el señor juez de trámite y propongo también: *a)* hacer lugar al recurso ordinario de apelación interpuesto por la UTE y, en consecuencia, revocar la sentencia impugnada y confirmar el pronunciamiento en primera instancia en cuanto ordenó el pago de la suma de \$ 1.170.000,00 en concepto de facturas impagas con más los intereses sobre dicho importe, según se decidió en la sentencia de Cámara; *b)* confirmar el pronunciamiento recurrido en materia de imposición de costas de primera y segunda instancia en el orden causado; *c)* imponer las costas del recurso de apelación ordinario a la demandada, por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT); *d)* no considerar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado planteada por la UTE a fs. 906/917, en atención al examen y resolución del recurso de apelación ordinario.

Por ello, y oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de apelación ordinario interpuesto por la Unión Transitoria de Empresas conformada por Latinoconsult S.A., Prole Sudamericana S.A. y Arinsa S.A. y, en consecuencia, *revocar* la sentencia recurrida y *confirmar* el pronunciamiento de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la suma de \$ 1.170.000,00 (un millón ciento setenta mil pesos), en concepto de facturas impagas, más los intereses correspondientes.

2°. *Rechazar* el recurso de la parte actora en cuanto a la imposición de costas por su orden en las instancias anteriores y, consecuentemente, *confirmar* la sentencia de Cámara impugnada.

3°. *Imponer* las costas del recurso de apelación ordinario a la parte demandada.

4°. *No considerar* la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado atento a la decisión expresada en los puntos precedentes.

5°. *Devolver* el depósito de fs. 918.

6°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XXVI

“MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS; MASERO, NÉSTOR LUCIO
Y OTROS S/LEY 255 (JUNÍN 1787)’”

**RECURSO DE QUEJA: Depósito. Naturaleza jurídica.
Exención. Beneficio de litigar sin gastos. Acceso a la justicia**

Expte. nº 4087/05 - 1º/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Ante la intimación cursada por este Tribunal (véase fs. 153, punto 2) se presenta José Luis Fernández, defensor de Alfredo Luis Martínez, Néstor Lucio Massero y Jorge Ernesto Vildoza y solicita se exima a sus defendidos de integrar el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 (fs. 157).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Al emitir mi voto en este expediente consideré que la queja presentada a fs. 50/69 debía ser parcialmente admitida. Por tal motivo entiendo que no debo pronunciarme respecto de la presentación de fs. 157.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

En la sentencia dictada en estos actuados, el Tribunal, por mayoría, resolvió rechazar la queja intentada e intimar a los recurrentes para que, en el término de cinco días, acreditaran la existencia del beneficio de litigar sin gastos cuyo inicio denunciaran a fs. 68 vta.

En aparente cumplimiento de esta intimación se presentó el defensor de los vencidos y expresó: “Se trataba de un trámite que nos proponíamos iniciar ante el tribunal pertinente; pero que, finalmente no se concretó” pues “con posterioridad a la interposición de esta queja fue concedido el recurso de inconstitucionalidad”, siendo “claro que las presentes actuaciones debían observarse con un criterio integrador” (fs. 157 y vta.), por lo tanto, a su juicio, no correspondía acreditar beneficio alguno o, bien, integrar el depósito con respecto a estas actuaciones.

Así las cosas, su presentación resulta inadmisibles y no puede tenerse por cumplida la intimación. Es sencillo, sus articulaciones recursivas fueron propuestas en el marco de dos incidentes (ejecución y prescripción) que, si

bien reconocen como génesis un mismo expediente principal, no guardan la relación de subsidiariedad con la cual se insiste, pues tal como lo expresara en el expte. 4185/05, “aquel tipo de relación se opone a sus propios actos en tanto: primero, intentó la revisión de la sentencia firme por aplicación de una ley que supuso más benigna para este caso (considerándola a tales efectos, firme) y, varios meses después, probó con este (otro) planteo acerca de la extinción de la acción y de la pena. No puede sostener seriamente que ésta sea su petición primordial si esa condición, no se reflejó en la oportunidad procesal en la que fue opuesta ante los jueces de mérito”. En consecuencia, el supuesto “efecto integrador” que debió tener el recurso concedido por la Cámara, sobre aquél otro que no lo fue, escapa a toda racionalidad jurídica y no explica su omisión de iniciar el trámite al que se comprometió en forma expresa (fs. 68 vta.).

Por lo demás, no constituye “un excesivo ritualismo”, exigir a quien ocurre en queja por ante este Tribunal que satisfaga los extremos que la ley le impone, puesto que ello actúa en favor del propio interés del recurrente, garantizando la seriedad de sus planteos, a fin de desalentar el mero propósito de diferir el cumplimiento de una sentencia (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

En virtud de los argumentos expuestos, y atento el resultado negativo de la exhortación cursada, voto por desestimar la presentación e intimar la integración del depósito (art. 34, L.P.T.).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Coincido con la solución propuesta por la señora jueza Ana María Conde. Cabe recordar que los recurrentes, al momento de deducir su recurso de queja ante este Tribunal, no cumplieron con la exigencia legal atinente al depósito de \$ 1.000 (pesos un mil [art. 34, I., ley 402]) ni solicitaron, en su defecto y ante la instancia correspondiente, el beneficio de litigar sin gastos (conf. informe del letrado defensor de fs. 157, [art. 34, II, ley 402 y art. 3, inc. f, ley 327]). La existencia de otro recurso de inconstitucionalidad —distinto a éste—, aunque concedido, respecto de la misma causa principal, no evita la conclusión a la cual se arriba. En consecuencia, sólo resta intimar a los recurrentes para que en el plazo de cinco días integren la suma citada (conf. art. 34, III, ley 402).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. En la sentencia de fecha 19/12/2005 recaída en la presente causa, por mayoría, se decidió el rechazo de la queja incoada. En consecuencia, se intimó a los recurrentes para que en el término de cinco días acreditaran la existencia del beneficio de litigar sin gastos cuyo inicio habían denunciado ex-

presamente a fs. 68. De esta manera, el Tribunal diferiría la cuestión de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 hasta el momento de la concesión o rechazo de la carta de pobreza.

Pues bien, con fecha 3/2/2006, la defensa se presenta y expresa que, en realidad, no ha iniciado aquel beneficio de litigar sin gastos que había denunciado al momento de interponer la queja. Manifiesta que no lo hizo dado que la Cámara concedió un recurso de inconstitucionalidad formulado en el incidente de prescripción cuya conexidad con la presente causa es incuestionable.

Por lo tanto, solicita que se la dispense de la integración del depósito.

2. Así las cosas, considero que la presentación debe ser rechazada *in limine* toda vez que, no sólo pone de manifiesto el incumplimiento de la intimación cursada por el Tribunal, sino que, en definitiva, contiene una pretensión revocatoria de la sentencia que oportunamente la dispuso.

Como es sabido, las decisiones del Tribunal Superior en pleno (o adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, párr. 1º de la ley 7), por regla, no son susceptibles de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia de una ley que lo imponga (CSJN, *Fallos*, 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784; 313:817, entre muchos otros y este Tribunal *in re* “Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1866/02, sentencia del 13/11/02; “Araldi, Liliana Angélica c/GCBA —Legislatura— y otros s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 606/00, sentencia del 22/2/2001; “Partido Justicialista y otros c/GCBA”, expte. n° 50/99, resolución del 17/6/1999 y “Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 480/00, resolución del 24/10/2000, entre otros).

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar las explicaciones formuladas y la implícita revocatoria e intimar a los recurrentes para que, en el plazo de cinco (5) días, integren el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El TSJ resolvió rechazar la queja, supuesto que, conforme el art. 34 de la ley 402, desencadena el deber de integrar el depósito.

2. En la causa “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3996/05, sentencia del 11/11/2005, a propósito de la inconstitucionalidad formulada por el recurrente cuya queja fue desestimada, sostuve que “...el inc. 6º del art. 12, CCBA establece que: ‘La Ciudad garantiza: (...) 6. el acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por

razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos’.

Esta cláusula constitucional se inscribe en un movimiento de larga data, que ha ido perfeccionándose en los últimos años, y cuya preocupación central es hacer que el acceso al servicio de justicia, en todos sus escalones y resortes, llegue con la misma posibilidad a todas las personas, a cuyo fin se toman en consideración las razones económicas en un sentido amplio. El texto constitucional indica que en ‘ningún caso’ el acceso a la justicia puede quedar limitado por razones económicas. Por ello, no puede suponerse que basta la asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos (apto para situaciones de acentuada pobreza), significativamente elevados a rango constitucional, para dar por agotado el beneficio que el art. 12, último párrafo, instituye. Naturalmente, se desprende de él que el suministro de servicio de justicia no puede convertirse en una fuente de ingresos para pagar gastos generales del Estado. En verdad, esto puede ser visto como una garantía implícita en la Constitución Nacional, entre nosotros explicitada por el art. 51, CCBA, toda vez que establecer un impuesto para el ejercicio de un derecho que no importa en sí demostración de capacidad contributiva específica, ni de modo indirecto ni directo, sería ilegítimo. En otras palabras, hacer pesar sobre el ejercicio del derecho de defensa en juicio un impuesto importa una violación a las reglas contenidas en el art. 16, C.N.

No se dice con ello que ningún pleito o ningún ejercicio de derecho por la vía de la justicia importe exhibición de riqueza, sino que, en todo caso, no es esa riqueza mayor que la que tiene aquel que obtiene cumplimiento sin acudir a la justicia; razón por la cual gravar tan sólo a quienes exigen el servicio —garantizado en el art. 18, C.N.— importa que una pura riqueza puede ser sometida en un caso a tributo y en otro no quedar gravada, por una circunstancia que no justifica distinguir. Por vía de ejemplo, mientras la obtención de un ingreso como consecuencia de una venta de mercadería puede ser válidamente vista como una manifestación de riqueza susceptible de imposición, la circunstancia de que el precio deba ser exigido mediante demanda judicial no agrega valor alguno.

Ello no significa que el Estado no pueda requerir que quienes demandan la ventaja personalizada, que el servicio de justicia supone, lo solventen. De allí que sea tradicional exigir una tasa retributiva del servicio, cuyo monto tiene que estar obviamente en relación con el servicio suministrado, y para cuya determinación el monto litigioso puede representar una razonable medida de ese servicio. Sin embargo, aun en este caso el importe debería pasar por el tamiz del recordado art. 12, que obliga a poner en la balanza, entre otras, las circunstancias de que el costo de los procesos viene determinado por las mayores o menores complejidades con que los legisladores los diseñen, así como que los valores no económicos en juego, y aun el efecto ejemplar de

una sentencia cuyo objeto fuere puramente crematístico, pueden aconsejar que la tasa quede disminuida o aniquilada.

A su vez, el requerimiento de servicio de justicia por algunos tiene una utilidad para el conjunto, puesto que el cumplimiento espontáneo de las obligaciones tiene siempre como telón de fondo la amenaza del cumplimiento forzado, cuyo ejemplo se lee en las sentencias y se percibe en la ejecución de los mandamientos dirigidos a los oficiales de justicia.

Sentadas estas premisas, corresponde examinar a la luz de ellas qué calificación merece el importe que queda perdido cuando resulta desestimada la queja, importe que, en la generalidad de los casos, se encuentra ya depositado, y que, en aquellos supuestos que, como en las causas contravencionales y penales, no es exigido como requisito de admisibilidad, se devenga con la derrota. Es sospechoso verlo como tasa, puesto que se pierde tan sólo cuando el servicio prestado se reduce a establecer que lo requerido no resulta procedente, mientras que se recupera cuando la queja es procedente. Por lo tanto, el servicio resulta prestado a quien no lo abona. A su vez, no guarda relación con los valores en juego, en la medida en que ellos pueden ser cuantificados.

El depósito de la queja tiene una serie de características que lo invalidan como tasa. Por una parte tiene un destino —financiar la biblioteca del Tribunal Superior de Justicia— que, si bien está relacionado con el servicio, no constituye su centro. A su vez, se percibe, como dije, por aquellos supuestos en que el servicio es menor, a saber, cuando la queja es improcedente, y no cuando el servicio se da en plenitud en razón de que la queja es admisible. Es decir, está separado del servicio. No sigue los criterios de proporcionalidad con que está, en líneas generales concebida la tasa de justicia. Por una parte no tiene proporción alguna con el monto litigioso o los valores en juego. Por otra parte, es veinte veces mayor que la tasa por juicios de valor indeterminado, mientras que el servicio a que da acceso es previsiblemente menor en costo al de los procesos ordinarios. Es decir, que si estuviera visto como una tasa estaría quebrando la garantía de igualdad, en cualquiera de sus versiones. En verdad, constituye una penalidad por haber insistido en obtener del más alto Tribunal de la Ciudad un servicio cuya improcedencia le había sido indicada al recurrente por el tribunal *a quo*.

Si bien existen semejanzas con el depósito con que debe ser acompañada la queja por denegatoria del recurso extraordinario federal, en el cual todo parece indicar que el de nuestra Ciudad está inspirado, esas semejanzas son superficiales, o quizás sea más acertado afirmar que las que existen conllevan, en el distinto contexto, efectos bien distintos. Buena parte de las quejas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponden a juicios tramitados ante justicias provinciales, es decir, procesos a cuyo respecto la Nación no ha percibido tasa de justicia alguna. De manera que con el depósito de la queja percibe, probablemente de modo escaso, una compensación por el cos-

to que para Nación representa otorgar el servicio. Ciertamente es que no se lo cobra cuando la queja procede; pero, no lo es menos que en ello puede verse una voluntad de satisfacer el interés federal de mantener una facilidad para que se monte este mecanismo de microintervención, apoyado en la energía de los litigantes, que el recurso extraordinario federal posibilita en los actos de las justicias provinciales, y que tiende a asegurar la uniformidad en la aplicación del derecho federal en la República. Ciertamente es que no se percibe solamente sobre los créditos procedentes de tribunales provinciales; mas resulta obvio que percibirlo también sobre las presentaciones directas, por denegatoria de recursos extraordinarios emitidas por tribunales federales, constituye una manera de mantener igual tratamiento para uno y otro tipo de quejas; mientras que la circunstancia de que no se lo percibe por la queja por denegatoria de recurso ordinario —siempre proviene de tribunales federales— constituye una demostración acabada de que el centro de atención del tributo está constituido por los pleitos que no han oblado con antelación la tasa de justicia federal.

Sin embargo, el propósito recaudatorio no agota y ni siquiera es el propósito principal del depósito. Según revela la exposición de motivos, la exigencia del depósito constituye una ‘medida tendiente a restringir el uso indebido de la presentación directa ante la Corte’ y ello porque ‘[L]a experiencia demuestra (...) que el recurso de queja es frecuentemente utilizado con la única finalidad de que, mediante el posible pedido de remisión del expediente principal, se dilate el cumplimiento de la sentencia en él dictada’ se tuvo en cuenta por entonces (año 1976) ‘que más del 57 % de la labor de la Corte Suprema se halla absorbida por el estudio, consideración y decisión de los recursos de hecho. Pero a tal circunstancia corresponde agregar que el porcentaje de tales recursos que en definitiva resultan admitidos por el tribunal es realmente ínfimo (...) En el año 1965, por ejemplo, de 1405 recursos de hecho prosperaron solamente 65, vale decir, el 4,62 %’ ello ocurría, según el mensaje entre otras cosas, porque la interposición de la queja ‘no representa ninguna carga económica para el litigante’ o genera en realidad ‘una carga insignificante’. Finalmente, en lo que ahora importa, enfatiza que la presentación directa ante la Corte supone, ‘en la mayor parte de los casos’ que ‘un alto tribunal nacional o provincial (...) ha intervenido (...) y resuelto que la apelación extraordinaria es improcedente, no cabiendo presumir, legítimamente, que tales tribunales traten de frustrar el ejercicio de las funciones de la Corte a través de las denegatorias arbitrarias o caprichosas’ (conf. *ADLA*, XXVII-A, p. 3/5). Pero, este efecto disuasivo, apoyado en una penalización para el que articula una queja injustificada, es un mecanismo sospechoso cuando resulta aplicado a un Tribunal que integra un Poder Judicial el acceso a cuyo servicio se encuentra presidido por la regla del art. 12, CCBA. Establecer la admisibilidad de una queja por denegatoria

del recurso de inconstitucionalidad no es el resultado de un inexorable proceso mecánico.

Consecuentemente, quien resulta derrotado en un proceso cuya sentencia no es susceptible de recurso más que ante esta instancia debe, en muchos casos, hacer un complejo cálculo de riesgo. Vale tener en cuenta que, en nuestra jurisdicción, están exentos de pagar tasa de justicia las acciones de amparo, temperamento en el que cabe ver una voluntad del legislador de dar la más plena operatividad a la garantía del art. 12, último párrafo, en aquellas ocasiones en que se invoque un grave apartamiento del orden jurídico, con independencia de que, finalmente, ese apartamiento quede, en opinión de los jueces, acreditado. Sin duda alguna existe en ello un reconocimiento de que los procesos no tienen un modo de resolución mecánica que permita al que los promueve tener absoluta certeza de cuál será el resultado al tiempo en que los inicia.

La observancia de la regla según la cual la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* del orden jurídico constituye el modo en que los jueces evitan efectuar recortes al ámbito que la Constitución reserva a los otros poderes. En este orden de ideas, aunque no puede estimarse que el depósito del art. 34 de la ley 402 constituya un modo de poner en acto el art. 12, CCBA, tampoco se opone a él, en tanto sirva para disminuir la carga del Tribunal Superior de Justicia, propendiendo de ese modo a que sus energías, naturalmente limitadas, puedan ser dedicadas a los asuntos que más lo merecen, ello ocurre en condiciones en que el Poder Judicial ha brindado ya, por medio de otro de sus órganos permanentes, una decisión acerca de la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, y finalmente los valores en juego son económicos y, por lo tanto, comparables con la pérdida del depósito que arriesga. En tales condiciones, queda asegurado el acceso a la justicia y el riesgo de perder el depósito no constituye un obstáculo mayor, aunque sí de distinta especie, que el que provendría de cualquier límite que tendiera a clasificar las contiendas según su magnitud económica. En cambio, cuando lo que está en juego en la causa es una pena privativa de la libertad en cualquiera de sus aspectos, o una multa sustituible en arresto, se coloca a quien acude en queja de esta índole en situación de ponderar bienes incomparables a estos fines, en muchos casos, en un grado significativo de incertidumbre en cuanto a la procedencia de la revisión a que estima tener derecho, con lo que el importe constituirá un motivo para resignarse a no intentar obtener la de su condena por el máximo tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello es particularmente así cuando el importe del depósito no exhibe en una importante cantidad de supuestos proporcionalidad con la erogación que la propia sanción pecuniaria de multa podría implicar. Un claro ejemplo de lo expuesto hasta aquí resulta ser el caso *sub examine*, donde el contraventor fue sancionado a la pena de mil pesos de multa, cuantificada en cinco días multa de

doscientos pesos cada una, que podrá abonar hasta en cinco cuotas mensuales y consecutivas de \$ 200 cada una. El nuevo Código Contravencional, no subsana dicha desproporcionalidad puesto que, de los setenta tipos, 65 contemplan la pena de multa, conforme el siguiente detalle:

54 tienen una pena mínima menor o igual a 1.000

5 tienen una pena mínima menor o igual a 5.000

6 tienen penas mínimas que van desde 10.000 a 30.000

24 tienen una pena máxima menor o igual a 1.000

22 tienen pena máxima de 2.000 a 6.000

27 tienen pena máxima de 10.000

4 tienen pena máxima de 15.000

1 tienen pena máxima de 20.000

1 tienen pena máxima de 25.000

4 tienen pena máxima de 30.000

1 tiene pena máxima de 60.000

1 tiene pena máxima de 90.000

1 tienen pena máxima de 50.000

Una vez que la información acumulada se organiza y procesa es posible advertir que el 83 % de las penas mínimas no supera los 1.000; 7,6 no superan los 5.000 y 9,2 van de 10.000 a 30.000. El 36,9 % de las penas máximas no supera los 1.000; 41,5 no superan los 10.000; 6,1 no superan los 15.000; 6,1 no superan los 30.000; 3 % no superan los 50.000 y el 1,5 corresponde a casos individuales que van de 30.000 a 90.000. Ello sin considerar que el Código contempla 9 casos en los que es posible aplicar el doble del máximo; hay agravantes que permiten subir un tercio la pena, la reincidencia y el concurso también aumentan la pena mientras que la tentativa y las formas culposas previstas en el Código la reducen.

Los valores indicados demuestran que el depósito en muchos casos se convierte en una pena en sí mismo.

No es suficiente a este respecto la existencia del beneficio de litigar sin gastos, porque el depósito constituye una traba aun para el que puede pagarlo, y la regla del art. 12 está concebida para que el aparato de justicia de la Ciudad esté orientado a servir a quienes están sujetos a él”.

Por estas razones entiendo que el Tribunal no debe exigir el pago del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

3. A los argumentos de derecho precedentes, sumo la convicción de que, una vez tramitada la queja, probablemente resulte infructuoso en buena parte de los casos intentar el cobro. Esta circunstancia sugiere que se tornarán improductivos los recursos aplicados a buena parte de los casos.

4. Por lo expuesto voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Desestimar* la presentación de fs. 157 e *intimar* a los recurrentes a integrar en el plazo de cinco días el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

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

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

XXVII

“GCBA C/LOREA, MATÍAS SEBASTIÁN S/EJECUCIÓN DE MULTAS S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Multa.

Ejecución fiscal. Justicia Municipal y de Faltas.

Juez que previno. Fuero contencioso administrativo y tributario

Expte. n° 4518/06 - 1º/3/2006

VISTO:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 14 de julio de 2003 el Gobierno de la Ciudad promovió ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario la ejecución fiscal de una multa impuesta por resolución firme de la ex justicia municipal de faltas (fs.2/4).

2. En el auto inicial dictado el 18 de julio de 2003, la titular del Juzgado N° 12 del mencionado fuero tuvo por parte a la actora e intimó de pago a la ejecutada (fs. 5), y el 12 de octubre de 2004 ordenó el libramiento de nueva cédula de notificación (fs.12).

3. Con fecha 9 de noviembre de 2005 —y tras el pedido de sentencia formulado por el actor a fs. 14— la señora jueza de primera instancia se declaró incompetente con fundamento en lo dispuesto en el art. 60 de la ley 1217 y lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en los autos “GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia” (fs.16).

4. La Jueza en lo Contravencional y de Faltas N° 4 rechazó la atribución de competencia el 5 de diciembre de 2005 (fs.21/23). Consideró que el proceso tramitó durante “casi dos años y medio” en el fuero contencioso administrativo y tributario, que la juez previniente “ha resuelto declinar su competencia un año y diez meses después de la completa constitución del fuero contravencional y de faltas”, y que el cambio en la competencia afectaría “el derecho de toda persona a una rápida y eficaz decisión judicial, ocasionándose un dispendio jurisdiccional para ambas partes”.

5. A fs. 24 la Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 mantuvo la declaración de incompetencia resuelta a fs. 16 y dispuso la elevación del expediente a este Tribunal.

6. El señor fiscal general adjunto emitió su dictamen a fs. 30/31 y opinó que corresponde declarar la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La cuestión de competencia —negativa— planteada en el expediente en examen, es semejante a la de otros casos que ha resuelto el Tribunal, en los que se justificó —como excepción— apartarse del criterio sentado en los autos “GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 2823/04, resolución del 19/3/2004.

En ese precedente se determinó que la competencia para la ejecución de multas impuestas por la ex justicia municipal de faltas, y por la Unidad Administrativa de Control de Faltas que adquieren firmeza en sede administrativa, corresponde a la Justicia Contravencional y de Faltas.

No obstante, en los casos excepcionales a los que se alude *supra*, el Tribunal decidió mantener la competencia de la justicia en lo contencioso administrativo y tributario en atención a la prolongada extensión temporal del proceso desde su radicación en ese ámbito y, esencialmente, al carácter oficioso de la declaración de incompetencia una vez admitido —expresa o tácitamente— el conocimiento de la causa (conf. “GCBA c/Mariano Andrés Gargiulo s/ejecución fiscal s/conflicto de competencia”, expte. n° 3271/04, resolución del 20/10/2004; y “GCBA c/Sirlin, Elida Elizabeth s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4288/04, resolución del 16/11/2005); y “GCBA c/Carranza, Ricardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4321/05, resolución del 30/11/2005.

En el mismo sentido —y sin perjuicio de la diversa naturaleza de la cuestión— señaló el Tribunal en “GCBA c/predio Felipe Vallese 3164 s/otros procesos especiales s/conflicto de competencia”, expte. n° 4248/05, resolu-

ción del 12/10/2005, “que la decisión de conocer en la causa oportunamente adoptada —y más allá de su acierto o error— ya no podía ser examinada de oficio. Sólo podía ser revisada por ella ante una excepción de incompetencia o un planteo de inhibitoria... Ello es así como derivación del principio del derecho romano del *forum praeventionis* o *perpetuatio iurisdiccioniis*...”.

2. En el *sub examine*, la jueza previniente, al dar curso al trámite del pedido de ejecución fiscal de una multa impuesta por la ex Justicia Municipal de Faltas y resolver intimar de pago al ejecutado, admitió tácitamente su competencia en la medida que ningún reparo formuló para conocer en la causa (fs. 5); más tarde consolidó ese criterio al ordenar el 14 de octubre de 2004 el libramiento de una nueva cédula de notificación (fs.12).

A los dieciséis meses contados desde el auto inicial revisó su propia resolución, sin que mediara excepción de incompetencia o inhibitoria.

Lo expuesto evidencia que la señora Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 creó la excepción al criterio general establecido en la causa “Fontenla” mencionada arriba, puesto que, en el momento procesal oportuno, o sea al tiempo de recibir la demanda de ejecución fiscal de fs. 3/4, le dio trámite sin examinar la procedencia o improcedencia de su competencia.

Estas circunstancias fundan la conveniencia de mantener la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 en procura de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, evitando nuevas dilaciones innecesarias en los procedimientos y las consecuencias negativas que de ellas se pueden derivar.

3. Finalmente y también en lo que resulta aplicable al *sub examine*, considero pertinente recordar mi opinión expresada en mis votos en las causas “Alberti, Solange Herminia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia”, expte. n° 2128/03, resolución del 3/3/2003, y “Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia”, expte. n° 3373/04, resolución del 24/11/2004, entre otras, en los que, además, sostuve que “me parece que los conflictos de competencia no deben plantearse entre jueces provenientes de una misma soberanía estadual, para dirimir el límite exacto en el cual finaliza la competencia de uno para comenzar la del otro, límite exacto que quizás no exista, pues puede concebirse cierta competencia compartida o genérica, más aún por razones temporales o espaciales. Y ello sucede, precisamente, en estos procedimientos de urgencia, incluso definidos así constitucionalmente, en los cuales se reconoce que una justicia —decisión judicial— demorada no representa una justicia cumplida. Por lo tanto, en tren de eliminar en lo posible las cuestiones de competencia por la razón apuntada, de sugerir el deber de los jueces de proveer materialmente a los requerimientos, tengan o no razón los pretendientes en definitiva, estimo que, en estos casos, debe responder el tribunal que previno”.

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

Adherimos a lo expresado por el juez Julio B. J. Maier en los puntos 1 y 2 de su voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Por los fundamentos desarrollados en los puntos 1 y 2 del voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, a los que adhiero, corresponde declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 para intervenir en el presente caso.

Así lo voto.

Por ello, y de conformidad con la opinión del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 para intervenir en el caso.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento de la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas N° 4 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

XXVIII

“PROPIETARIO FIGUEROA ALCORTA 3590/05/03
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘GCBA C/PROPIETARIO
FIGUEROA ALCORTA 3590/05/03 S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Sentencia definitiva. Juicio ejecutivo.

Excepción de prescripción en materia tributaria. Aplicación de las disposiciones del Código Civil. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 3965/05 - 3/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Delia Gutiérrez, por la actora, interpone recurso extraordinario federal (fs. 45/52) contra la decisión de fecha 9 de noviembre de 2005 (fs. 30/41) que rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

Funda su presentación en la conculcación de los derechos de propiedad y defensa en juicio (arts. 17 y 18, C.N.) y en encontrarse controvertida la inteligencia de los arts. 75, inc 12, y 121 y 122, C.N.

2. Del recurso se dio traslado a la Procuración de la Ciudad, que se opuso a la admisibilidad y procedencia del mismo, solicitando se lo desestimara (fs. 48/68 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto cumple con los requisitos formales exigidos ritualmente.

2. Si bien, en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen sentencia definitiva, en estos autos se configura uno de los supuestos a los que hace referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para considerar procedente el remedio extraordinario federal contemplado por el art. 14 de la ley 48, en apremios y ejecuciones fiscales (v. reseña de los llamados *casos anómalos* en mi voto en la causa “GCBA c/Scrum S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2584/03, sentencia del 9/3/2004, a la que también hice referencia en las causas “Asociación Civil Hospital Británico de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Hospital Británico de Buenos Aires s/ejecución fiscal’”, expte. n° 2816/04, resolución 16 de junio de 2004 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Giuseppino S.R.L. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3037/04, resolución del 1/9/2004).

Como lo he sostenido en mi voto al resolver la queja oportunamente interpuesta por denegación del recurso de inconstitucionalidad, resulta aplicable al caso la constante jurisprudencia del tribunal cimero que, con referencia al recurso extraordinario federal, sostiene la equiparación a sentencia definitiva de las decisiones que admiten o deniegan la defensa de prescripción en el marco de juicios de ejecución fiscal, en tanto ello frustraría todo replanteo posterior a su respecto en juicio ordinario ulterior donde aquella defensa no sería admisible (*Fallos*, 314:1656; 315:1916; 319:79; 323:3401, entre otros).

En lo que hace al agravio agitado por la recurrente en punto a que la sentencia desplaza, en materia de prescripción, las previsiones del Código Civil, contravirtiéndose así la inteligencia del art. 75, inc. 12, C.N.; y por apartarse de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída

in re: “Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda” (*Fallos*, 326:3899), sentencia del 30/11/2003, deben tenerse en cuenta los fundamentos de que me he valido en la sentencia impugnada, como los de mis colegas, y que doy aquí reproducidos *brevitatis causa*, y que me llevaron a rechazar la pretensión de la recurrente en lo que hace al cómputo de la prescripción y al apartamiento de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la citada causa “Filcrosa”, a saber: *a*) aplicación de lo decidido por este Tribunal 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.]’”, sentencia del 17/11/2003; *b*) por los demás, que la prescripción en el caso varía con la del Código de fondo en mérito de la suspensión por un año, que la lleva a seis años, según art. 13 de la ley local 641, y *c*) que el punto de partida del cómputo de la prescripción es el 1º de enero siguiente a aquel en que se produzca el vencimiento de los plazos generales, sobre la base de los fundamentos expresados *in re*: “GCBA c/Constructor S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3275/04, sentencia del 23/2/2005.

A pesar de lo hasta aquí expuesto, considero, sólo en este aspecto, que el planteo suscita cuestión federal suficiente, en tanto se enmarca dentro del supuesto contemplado en el inc. 2º, del art. 14 de la ley 48 que establece la procedencia del remedio extraordinario “cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia”.

En punto al agravio que esgrime la recurrente basado en una equiparación practicada por este Tribunal “de la situación institucional de la Ciudad de Buenos Aires a la de las provincias argentinas, sin distingo alguno” (pto. 6.4., fs. 51), en primer lugar, cabe recordar que a partir de la reforma Constitucional de 1994 la propia Constitución Nacional en el art. 129 establece un *status jurídico* de autonomía para la Ciudad, reconociéndole, entre otras, las facultades de “legislación”, la que comprende, de suyo, la materia tributaria local.

A ello se suma que, por otra parte, la recurrente incurre en una *contradictio in terminis*, ya que el texto del art. 14 de la ley 48, atento la época en que fue dictada dicha norma, hace referencia específica sólo a pugna de leyes, decretos o autoridades “de provincia” con la Constitución Nacional, tratados y leyes del Congreso, para habilitar el remedio federal que aquí se intenta, sin mención alguna —como quedó dicho, por la fecha de sanción— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que de ello pueda inferirse que la vía procesal apuntada se encuentra ocluida en tal supuesto. Así entonces, la interposición por parte del recurrente de la vía extraordinaria federal prevista sólo para el conflicto provincias-norma constitucional, tratado o ley del

Congreso, implica de su parte efectuar, lógica y consistentemente, la misma equiparación de la que se agravia.

Valga reiterar que, a pesar de las puntualizaciones efectuadas precedentemente, en tanto en el recurso se controvierte el desplazamiento de previsiones del Código Civil por normas de derecho público local regulatorias del instituto de la prescripción, invocándose la afectación de lo establecido en el art. 75, inc. 12, C.N., y adoptando un criterio liberal, por ser la Corte Suprema el guardián último de su competencia recursiva, corresponde conceder, ceñido a este agravio, el remedio federal incoado.

3. En lo que se refiere a los restantes planteos, basados en la excepción de inhabilidad de título —bajo cuya invocación el recurrente pretende debatir: *a)* el efecto liberatorio de los pagos efectuados; *b)* la existencia de vías de hecho, y *c)* la violación del procedimiento administrativo-tributario, etcétera— por presunta inexistencia de la deuda ejecutada, la recurrente reproduce los planteos esgrimidos, tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, lo que impide vincular de modo concreto los planteos con la aplicación directa e inmediata de principios y garantías constitucionales, por lo que no constituyen cuestión constitucional que abonen un supuesto extraordinario en tanto: *i)* podrán tratarse y resolverse en el marco del proceso de conocimiento ya iniciado por la recurrente o, si finalmente correspondiere, en la acción de repetición que pueda instar, y *ii)* remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba que son, por su naturaleza, extrañas a la instancia del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 300: 235; 308: 1711; 311:1148).

4. En cuanto a alegación de arbitrariedad respecto a la sentencia de este Tribunal, valga recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos*, 184:137, es estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros), es decir que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376).

En el caso, los agravios reiteran lo expresado con anterioridad en los recursos de inconstitucionalidad y queja denegados, y sólo traducen la discrepancia de la apelante con la interpretación de las normas locales en juego que constituyen el fundamento del decisorio, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad.

5. A partir del tratamiento que por su orden se ha dado a las distintas cuestiones, corresponde: *a)* conceder parcialmente el recurso extraordinario

interpuesto limitado al punto de la excepción de prescripción, y *b*) en lo tocante a los demás agravios, rechazar el remedio federal intentado.

6. En mérito a como se decide, las costas deben ser impuestas por su orden.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. Las manifestaciones formuladas por la recurrente en el escrito de fs. 45/52 son insuficientes para habilitar el tratamiento del recurso por la CSJN.

En la sentencia en crisis, no traté los agravios de la quejosa pues consideré que los defectos formales de su presentación me impedían entrar en el análisis del asunto; específicamente señalé que ella “no cumple de manera adecuada con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33, párr. 2º de la ley 402, dado que no contesta las razones por las que el a quo rechazó el recurso de inconstitucionalidad”.

El recurso extraordinario reproduce los términos del recurso de inconstitucionalidad denegado sin refutar —siquiera mínimamente— los motivos que fundaron la inadmisibilidad de la queja.

Resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina de la CSJN según la cuál las decisiones de los tribunales locales que declaran la improcedencia de recursos de esa naturaleza son, en principio, irrevisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819 y 311:101, entre otros y de este Tribunal, la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2184/03, resolución del 13/8/2003).

3. La demanda afirma que “el desplazamiento de las previsiones del Código Civil suscita cuestión federal suficiente para la apertura del recurso extraordinario al encontrarse controvertida la inteligencia de los arts. 75, inc. 12, y 121 y 122 (...)”. Señala, asimismo, que el TSJ se aparta de la doctrina establecida por la CSJN en la causa “Filcrosa S.A. s/incidente de verificación por Municipalidad de Avellaneda”, *Fallos*, 326:3899 (fs. 51).

La cuestión planteada no provoca, a mi juicio, un caso federal.

Como ya lo expuse en otros expedientes “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 nacio-

nal. 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 nos es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general de derecho” (conf. consid. 6º, voto de los jueces Fayt, Moliné O’Connor y López) (...) 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).

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” (conf. las causas “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGC (resol. 1881-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)”, expte. n° 2192/03, resolución del 17/11/2003 y “GCBA c/Constructor S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3275/04, resolución del 23/2/2005; entre otros).

4. La recurrente sostiene que la decisión del Tribunal —que deja firme la de primera instancia— es arbitraria ya que, según lo entiende, no existen en autos elementos probatorios suficientes (constancia de deuda, individualización del expediente administrativo) para acreditar su responsabilidad por no denunciar —supuestas— construcciones realizadas en el inmueble de la calle Figueroa Alcorta (fs. 49).

Como se observa, ella pretende, en esta instancia extraordinaria, la revisión de cuestiones de hecho y prueba —propias de los jueces de mérito— sin presentar un genuino caso federal que, por afectación al derecho de defensa, autorice el examen por la CSJN de los aspectos mencionados.

5. Los razonamientos del escrito de fs. 45/52 revelan, únicamente, el desacuerdo de la demanda con la solución del pleito sin articular un caso federal.

Como lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129; etc.).

6. La recurrente sostiene que la decisión que intenta poner en crisis afecta su derecho de propiedad (art. 17, C.N.) “en la medida que la pretensión de cobro retroactivo del tributo afecta situaciones definitivamente consolidadas con anterioridad, en virtud de la liquidación efectuada por el fisco y el pago recibido por éste sin reserva alguna, no mediando dolo o culpa grave del contribuyente” (fs. 49 vta.).

Este motivo de impugnación tampoco habilita la vía extraordinaria intentada ya que su dilucidación sólo requiere interpretar cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional de naturaleza local, cuestión ajena al ámbito del recurso presentado y, en tal sentido, resulta aplicable la reiterada doctrina de la CSJN que excluye la existencia de una cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de interpretar normas y actos locales (*Fallos*, 114:42, 273:347, 288:201, entre muchos otros).

7. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido con costas.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. No obstante haber cumplido el recurrente con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, no comparto la solución propiciada por el señor juez de trámite, Dr. José O. Casás, en el sentido de conceder parcialmente el recurso federal planteado por el actor contra la sentencia de fs. 30/41. Por lo contrario, considero que el recurso extraordinario federal deducido no puede prosperar, puesto que en el caso no se debate cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

2. En principio, cabe señalar que, si bien conforme a conocida jurisprudencia de la CSJN, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos y de apremio no constituyen como regla la sentencia definitiva a la que alude el art. 14 de la ley 48, en este caso corresponde hacer excepción a dicho principio, puesto que el pronunciamiento originariamente recurrido —y sostenido por el Tribunal al resolver, por mayoría, rechazar la queja interpuesta por el recurrente—, desestimó la defensa de prescripción articulada por el ejecutado, lo que suponía dar curso a la ejecución fiscal, sin que el agravio que de ello resultara pudiera ser revisado en un trámite ulterior (*Fallos*, 319:1097 y sus citas).

Por consiguiente, en este caso se configura uno de los supuestos que permiten considerar procedente el recurso extraordinario federal contemplado en el art. 14 de la ley 48 en apremios y ejecuciones fiscales. De este modo, la decisión impugnada debe reputarse una *sentencia definitiva* (por razones que he expuesto múltiplemente, yo no comparto el criterio conducente a reconocer una tercera categoría en función de la idea de “equiparabilidad”, sobrepuesta al binomio ‘sentencia definitiva’ / ‘sentencia no definitiva’).

3. Como ya lo expliqué, al resolver la queja oportunamente planteada por denegación del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal decidió, por mayoría, desestimarla. En dicha oportunidad, mis colegas, las señoras juezas Conde y Ruiz, integraron el voto mayoritario y coincidieron al fundarlo, entre otras razones, en la circunstancia de que el escrito recursivo no contenía una crítica concreta y razonada del auto denegatorio de los recursos de inconstitucionalidad y queja —conf. puntos 2 y 3 del voto de la jueza Conde y punto 2 del voto de la jueza Ruiz, quien consideró que las deficiencias del escrito de la queja determinaban su rechazo, puesto que, técnicamente, éste “no constituye un recurso de queja y la queja es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado”. Por su parte, mi colega, la Dra. Conde, consideró también que “la queja interpuesta no logra conectar el agravio concreto que... 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. su voto, punto 3, párr. 2°).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, así como con los restantes argumentos del fallo por mayoría del TSJ y las razones que yo mismo tomé en cuenta para fundar mi voto, concluyo del modo siguiente:

- a) El Tribunal decidió rechazar la queja planteada por razones formales y de fondo. En particular, yo expuse que el entonces quejoso no había logrado articular un *caso constitucional* en los términos del art. 27 de la ley 402, y que su discrepancia con la sentencia impugnada, a la que él atribuía la transgresión de principios constitucionales, se planteaba con respecto a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, vinculadas a la interpretación de normas infraconstitucionales. Específicamente, consideré oportuno y necesario enfatizar que tal señalamiento se aplicaba, también, a aquellas normas que regulan el instituto de la prescripción, dado que la discrepancia del recurrente con el pronunciamiento de Cámara en aquello atinente a este instituto se subsumía en la categoría de “cuestiones fácticas, probatorias y de derecho común” que, como lo sostengo recurrentemente, no habilitan la apertura de la queja ni la procedencia del recurso de inconstitucionalidad. Todo lo concerniente a la fijación del *dies a quo* del nacimiento del plazo de prescripción consti-

tuye una cuestión de derecho común (infraconstitucional) ajena por completo, de ordinario, a la competencia del Tribunal y al recurso interpuesto, que no significa una nueva instancia de aplicación del derecho, según lo ha dicho múltiplemente el TSJ. En oportunidad de resolver la queja, sostuve que el mismo voto del señor juez de trámite ponía de manifiesto este problema, al necesitar acudir a reglas de derecho común, incluso del Código Civil, para fundar su explicación favorable a la decisión ya tomada por la instancia de mérito.

- b) Ante el deber de resolver ahora el recurso extraordinario federal planteado, y por paridad de razonamiento respecto de aquello expuesto en el apartado anterior, se impone rechazar el escrito recursivo, puesto que éste no expone una *cuestión federal*. El actor afirma que el recurso encuadra en el art. 14 de la ley 48 pero, si bien *enuncia* o *menciona* la afectación de diversas garantías constitucionales (especialmente, aquellas tuteladas por el art. 75, inc. 12, C.N.), él no logra exponer cómo dichas garantías han sido desconocidas en la sentencia recurrida y cuál es, concretamente, la disposición federal cuya inteligencia funda el derecho que invoca. Más aún, la sola invocación de esa regla, según es conocido, constituye una confesión de que sólo se trata de derecho común (infraconstitucional).

En el decisorio impugnado no se puso seriamente en debate la interpretación de disposición constitucional, ley o tratado alguno cuyo desconocimiento autorice en esta instancia la intervención de la Corte Suprema de Justicia como custodio final del derecho federal. Por consiguiente, y al igual que en el escrito de la queja, este recurso extraordinario carece de fundamentación suficiente, pues el recurrente remite a normas constitucionales presuntamente afectadas pero, reitero, no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida ni controvierte de modo convincente los fundamentos de la sentencia sobre esa base (este Tribunal, *in re* “Rozen, Frejda s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Rozen, Frejda c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión’”, expte. n° 2183/03, resolución del 10/9/2003).

4. El recurrente procura introducir la cuestión federal al invocar la arbitrariedad de la sentencia que impugna.

Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte (aunque responsable de esta doctrina y de su abuso) en pronunciamientos aislada pero acertadamente recatados, se considera estricta: “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, C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisibles en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia del recurrente con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia.

5. Dado que el recurrente no restringió su impugnación a los tópicos de la prescripción y la arbitrariedad, en orden a los restantes agravios (inexistencia de la obligación por aplicación de la doctrina de los efectos liberatorios del pago; incursión en vías de hecho; violación del procedimiento administrativo-tributario, entre otros), comparto el criterio del señor juez de trámite (conf. punto 4 de su meditado voto), en tanto él concluye que estos planteos reproducen aquellos esgrimidos tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en de queja, sin lograr vincularlos persuasivamente con la aplicación directa de principios constitucionales, por lo que no constituyen cuestión federal (como no constituyeron, al interponer la queja, cuestión constitucional), a más de mantenerse la posibilidad que ya auspicié al resolver el recurso de hecho, esto es, que en el marco del proceso de mayor amplitud iniciado por el recurrente (una acción declarativa de certeza), él tendría, como espero que la tenga, la oportunidad de fundar las cuestiones que aquí pretende someter a un debate que excede el ámbito cognitivo de la vía escogida y de acreditar sus defensas ante la pretensión fiscal que, según parece, lo apremia.

6. Como surge de los considerandos precedentes, concluyo que en este caso no se debate cuestión de índole federal alguna que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por tal razón, voto porque el recurso interpuesto se declare inadmisibles.

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

2. En efecto, el recurrente reitera el defecto que ya señalara en la sentencia de fs. 30/41, al rechazar el recurso de hecho interpuesto. En esa oportunidad no cumplió con la condición que deben expresar las quejas por recursos denegados, ya que no logró rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso. Ahora, el escrito de interposición del recurso extraordinario reproduce casi en su totalidad la fundamentación de los recursos de inconstitucionalidad y de queja sin refutar los argumentos en que el Tribunal fundara la inadmisibilidad de este último. De ese modo, omite realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio que motivó la interposición del presente recurso (*Fallos*, 290:391, 293: 166, 302:502, 308:2264, 311:2338, entre muchos otros).

El recurso extraordinario debe tener fundamentación autónoma, que satisfaga sus requisitos esenciales, a saber: *a)* enumeración de los hechos sustanciales de la causa; *b)* puntualización de la cuestión de derecho federal; *c)* relación entre esos hechos de la causa y la cuestión federal; *d)* expresión de agravios sobre el fallo recurrido. Y en cuanto a este último aspecto, la expresión de agravios no puede consistir en un mero relato de la causa, ni en una suma de citas jurisprudenciales, sino que debe realizar una crítica correcta y prolija de todos los fundamentos de la sentencia objetada, de manera concreta y razonada.

Por ello, corresponde aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos, en principio, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 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 relación con el contenido del recurso, cabe destacar que el actor efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas. Sostiene (fs, 49 vta.) que la sentencia impugnada “...importa una clara trasgresión al principio de legalidad, y a los derechos de propiedad y defensa en juicio...”, derechos reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 17 y 18, C.N. y cons. de la CCBA). Dicha invocación no es luego desarrollada y relacionada con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

Como ya ha sostenido este Tribunal, el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria exige que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. En el caso la recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida y se desentiende de los fundamentos brindados en la sentencia atacada (TSJBA, causa 2131/03, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez y Lutz S.R.L. c/DGR (resol. 3642-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, resolución del 13/8/2003).

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos*, 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos*, 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebida-

mente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos*, 295:335; 310:2306).

4. Por lo demás, tal como lo señalé en la sentencia cuestionada, la normativa puesta en juego para resolver la causa —fundamentalmente el Código Fiscal local— constituye, más allá de su acierto o error, aplicación e interpretación de reglas de derecho común público local, relativas, además, a cuestiones de hecho y prueba; por lo que quedan excluidas de la materia propia del recurso extraordinario federal.

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

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

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

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

Por ello, como resultado de la votación que antecede y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por la actora contra la sentencia de fs. 30/41, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 41.

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

XXIX

“LOCALES ALTOS EN PUERTO MADERO S/INF. ART. 83, CÓD. CONTRAV. S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA”

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.
Sentencia definitiva. Medida cautelar. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. nº 4571/06 - 7/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Mediante el escrito de fs. 109/118 el Sr. Mario Alberto Cisnero, en el carácter invocado en autos de representante legal de “Recetas Internacionales Consorcio de Cooperación”, interpone recurso extraordinario federal contra la resolución del Tribunal de fecha 15/2/2006, que rechazó las peticiones formuladas por el nombrado a fs. 86/89 —bajo el rótulo “Recursos de hecho por denegación de justicia e inconstitucionalidad” y en los términos del art. 53, de la ley 12, y del art. 26, incs. 4º y 5º, de la ley 7—, por considerar que el planteo no constituía un supuesto de denegación de justicia en los términos de los arts. 113, inc. 4º, CCBA, 26, inc. 5º, de la ley 7, y 36 de la ley 402, que la concreta petición del requirente —que se “revoque todo lo que se oponga a la restitución de los bienes secuestrados, ordenando su inmediata devolución, y en el estado en que se encontraron al momento de tomarse la medida cautelar”— excedía las potestades que el Tribunal puede ejercer en el marco de una denuncia por retardo, privación o denegación de justicia, y porque el “recurso de inconstitucionalidad” intentado en subsidio se había planteado con omisión de los requisitos formales y sustanciales exigidos en los arts. 27 y 28 de la ley 402.

El presentante funda el recurso federal en la causal de “arbitrariedad sorpresiva”.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, sin embargo, no resulta admisible por las razones que se exponen seguidamente.

2. La apelación extraordinaria sólo puede interponerse contra sentencias definitivas, es decir, aquellas que privan definitivamente al interesado de

los medios legales para reclamar la tutela de sus derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma reiterada, ha sostenido que “(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tales aquellas que ponen fin al pleito o hacen imposible su continuación, como así también las que causan un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio” (*Fallos*, 303:1040, entre otros).

En el caso, no solo el recurrente no ha demostrado (ni siquiera lo ha alegado) que el pronunciamiento es definitivo, sino que, además, es evidente que ello no es así. El Tribunal ha señalado en la resolución atacada que existían remedios procesales a los que acudir para el objeto que perseguía el peticionario (la restitución de bienes secuestrados).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene reiteradamente dicho que las decisiones sobre medidas cautelares no pueden calificarse como un pronunciamiento definitivo (conf. *Fallos*, 258:262; 262:136; 273:339; 308:91, entre otros) ya que, por principio, tales decisiones son provisorias. Tal es lo que ha indicado el Tribunal al destacar (fs. 95) que lo resuelto por el señor juez de primera instancia en relación a los bienes secuestrados no causaba estado y podía ser replanteado a los efectos de su revisión. Por ello es claro que no puede ser considerada sentencia definitiva una decisión que no impide el dictado, en sede local, de otra posterior que modifica lo decidido en la primera, luego de que se dedujo el remedio federal.

3. Amén de que la invocación de la doctrina de la arbitrariedad o del desconocimiento de garantías constitucionales no permite soslayar la inexistencia de sentencia definitiva para la concesión del recurso (doctrina de *Fallos*, 304:749, 304:1717, 306:1679, 312:311, entre otros), la resolución atacada cuenta con fundamentos suficientes de los que el recurrente no se ha hecho cargo, por lo que la tacha de arbitrariedad resulta insostenible.

En efecto, a lo largo de escrito de fs. 109/118, el presentante solo hace una mención concreta de los fundamentos de la resolución cuestionada en el acápite “Crítica de la sentencia en recurso” (fs. 114 vta.), pero exclusivamente para enumerarlos, pues seguidamente se limita a reiterar argumentos ya vertidos en sus escritos anteriores referidos a la cuestión de fondo.

En suma, no rebate argumentativamente mediante una crítica concreta, desarrollada y fundada la resolución del Tribunal, y no se hace cargo tampoco de lo ameritado por el Tribunal al rechazar la aclaratoria intentada contra la misma resolución que impugna.

Tan huérfana de fundamentación se halla la causal de arbitrariedad invocada, que ni siquiera puede decirse que el intento, meramente, constituya una discrepancia con la interpretación efectuada por el Tribunal sobre los alcan-

ces del instituto de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia, o acerca de los requisitos formales y sustanciales de los arts. 27 y 28 de la ley 402. Antes bien, las objeciones parecen trasuntar un notorio desconocimiento de las vías procesales locales para acceder al Tribunal Superior de Justicia, en la medida que se ha intentado e insistido en una suerte de *per saltum* para que se dirima el fondo de la cuestión debatida que no tiene aside-ro legal.

4. Por todo lo expuesto, el remedio federal incoado resulta inadmisibile. Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. José O. Casás.

Por un lado, hay una causa, que tramita ante el Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 15, en la cual recayó una resolución con la que el recurrente no esta conforme. A su vez, éste acudió al Tribunal Superior de Justicia aduciendo privación de justicia. En esa oportunidad, el Tribunal estableció que no había tal privación (fs. 93/95), sino desacuerdo de la recurrente con lo resuelto por los jueces de mérito, sin mediar por parte del apelante empleo de los medios procesales adecuados para traerlo a conocimiento de esta instancia.

En tales condiciones, el presente expediente es, a diferencia del anterior, uno que no versa acerca de una controversia relativa a derechos subjetivos, sino que se limita a denunciar un retardo, privación o denegación de justicia. Ergo, no hay causa, la causa es la otra (conf. mi voto en la causa “Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”, expte n° 3856, sentencia de este Tribunal del 13/4/2005).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile el recurso extraordinario federal planteado a fs. 109/118.

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

El juez Julio B. J. Maier no vota la resolución por encontrarse fuera de la sede del Tribunal, atendiendo el deber constitucional establecido en el art. 93, CCBA.

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

XXX

“SOLICITUD DE ALLANAMIENTO DE INMUEBLE HERNANDARIAS
1317, CABA POR PRESUNTA INFRACCIÓN ART. 54,
CÓD. CONTRAV. S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Orden de allanamiento. Ejecución de acto administrativo. Poder de policía. Control de calidad ambiental. Materia contravencional. Fuero contencioso administrativo y tributario

Expte. n° 4498/05 - 13/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 5 de septiembre de 2005 el señor director general de Control de Calidad Ambiental se presentó por nota n° 12.357 a la Fiscalía contravencional N° 12 y solicitó que, por su intermedio, y “por aplicación del art. 80 del Cód. Contrav. (...) se meritúe la viabilidad de peticionar ante la autoridad jurisdiccional competente” la orden de allanamiento del inmueble sito en la calle Hernandarias n° 1317 de esta Ciudad “a los fines de velar por la integridad física de sus moradores, preservar sus bienes, higienizar la vivienda y posibilitar la efectiva realización de las acciones necesarias de saneamiento, control de plagas y desinfección” (fs. 1/vta., autos principales).

A ese efecto acompañó copia de la disposición 710-DGCCA/05, del 5/4/2005 (fs. 19/vta., autos principales) —en la que se intimó al propietario del inmueble a desratizarlo e higienizarlo bajo apercibimiento de realizar esos trabajos por administración y a su costa—, y copias de otras actuaciones atinentes al trámite desarrollado hasta ese momento (actas de inspección del área de Control de Plagas dependiente de la Dirección General de Control de la Calidad Ambiental; intimaciones efectuadas; edictos publicados; constancias de dominio y titularidad y fotografías del lugar) (fs. 2 a 26, autos principales).

2. El 6 de septiembre de 2005, el fiscal requerido, “en función de lo establecido por los arts. 1.3.4, 1.3.21 y 1.3.22” del Código de Faltas de la Ciudad, solicitó ante la justicia contravencional el allanamiento del predio con el objeto de realizar las “tareas tendientes a sanear, realizar un control de plagas y desinfección de la finca en mención” (fs. 27/vta., autos principales).

3. El 7 de septiembre de 2005, el señor juez en lo Contravencional y de Faltas N° 13 resolvió que no era competente. Consideró a ese efecto que el *sub examine* constituía “un caso típico” de competencia del fuero contencioso administrativo, de aquellos en los que “la Administración local, en uso del

poder de policía que le es propio... y luego de haber agotado las instancias administrativas, solicita la intervención judicial para poder concretarlo”, y citó en su apoyo la jurisprudencia sentada por este Tribunal en “GCBA c/Propietario u ocupante inmueble C. Arenal 4613 UF 1 y 3 s/otras causas donde la Aut. Adm. es actora s/conflicto de competencia”, expte. n° 3416/04, resolución del 17/11/2004.

No obstante lo argumentado, el señor juez decidió, de todas formas, librar la orden de allanamiento, en la medida que “la protección del interés que pretende tutelarse a través de la medida precautoria solicitada podría devenir abstracta si al tiempo transcurrido desde que se efectuara la denuncia (...) se le suma el que puede insumir una eventual contienda de competencia” (fs. 29/32 vta., autos principales).

4. Los días 8 y 9 de septiembre de 2005, conforme dan cuenta las actuaciones obrantes de fs. 43 a 76 de los autos principales, se efectuó el allanamiento y las tareas de saneamiento y desinfección del predio de mención.

5. El 12 de septiembre de 2005 el fiscal contravencional consintió la declaración de incompetencia (fs. 77, autos principales) y, posteriormente, la titular de la Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 dictaminó a favor de la competencia del fuero que integra (fs. 79/80, autos principales).

6. El 19 de septiembre de 2005 el titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 rechazó la atribución de competencia conferida. Consideró que no corresponde aplicar en autos la doctrina del fallo citado *supra* por diferir los sustentos fácticos, tanto porque el juez que previno —el contravencional, a diferencia del precedente— dictó la única medida solicitada por el fiscal, como porque en esta oportunidad, “solo se hizo una denuncia... el director general de Control de Calidad Ambiental se limitó a poner en conocimiento de la situación al fiscal en lo Contravencional y de Faltas, sin presentarse, constituir domicilio, pedir ser tenido por parte, designar patrocinante ni cumplir recaudo alguno de los exigidos para iniciar una acción contencioso administrativa” (fs. 81/vta., autos principales).

7. La señora fiscal apeló la resolución de incompetencia (fs. 82 vta., autos principales) y la señora fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario desistió del recurso y propició la confirmación del decisorio recurrido por entender que “el objeto de las presentes actuaciones ya se encuentra cumplido” y que no se advierten efectos que queden pendientes (fs. 87/88, autos principales).

8. Devuelta la causa al juzgado de origen —y previo dictamen concordante del fiscal contravencional, a fs. 94 de los autos principales— el juez contravencional mantuvo en todos sus términos su declaración de incompetencia y mandó extraer testimonios y elevarlos a este Tribunal para dilucidar

el conflicto negativo de competencia planteado (fs. 95 vta./96, autos principales).

9. El fiscal general adjunto, en su dictamen, con sustento en el antecedente del Tribunal ya citado, opinó que es competente el juzgado contencioso administrativo y tributario y, además, estimó que a ello no obstaba la circunstancia de que ya se hubiera efectuado el allanamiento y el saneamiento de la finca, en razón de que aun podrían existir cuestiones que resolver, atinentes al apercibimiento bajo el cual fue efectuada la intimación de la que da cuenta la disposición 710-DGCCA/05 (fs. 38/39 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La contienda negativa de competencia en examen es, sustancialmente, similar a la resuelta por el Tribunal en el precedente ya citado arriba —“GCBA c/Propietario u ocupante inmueble C. Arenal 4613 UF 1 y 3 s/otras causas donde la Aut. Admin. es actora s/conflicto de competencia”, expte. n° 3416/04, resolución del 17/11/2004— en la medida que se origina en un pedido de allanamiento efectuado por el Gobierno —la Dirección General Control de la Calidad Ambiental— para poder cumplir con el apercibimiento (ejecución de tareas de desratización e higienización por administración y a costa del propietario) formulado en la intimación de la que da cuenta la disposición 710-DGCCA/05 (véase fs. 19 y vta. del expediente acollarado).

Dijo el Tribunal en el antecedente aludido que “[c]orresponde atribuir la competencia para conocer en el caso al fuero en lo contencioso administrativo y tributario pues la orden de allanamiento solicitada por el Gobierno tiene por finalidad ejecutar un acto administrativo, dictado en ejercicio de la actividad de policía que le es propia por atribución constitucional (conf. arts. 105, inc. 6° y 104, inc. 11, CCBA). Se trata de un supuesto en que no resulta admisible que la Administración ejecute el acto por sí y sin intervención judicial, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 12, dec. 1510/97”.

En razón de lo expuesto, la causa debe asignarse al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11.

2. No es óbice a la conclusión señalada la argumentación desarrollada por el magistrado del fuero contencioso administrativo y tributario a fs. 26 y vta., atinente a las divergencias del “sustrato fáctico” de aquel y de este caso. En primer lugar, porque el juez que previno declaró su incompetencia, pero, aún así, razonablemente, dio curso al pedido de allanamiento en atención a “...que nos encontramos frente a una petición que más allá de haber no sido efectuada ante quien correspondía, se encuentra basada en razones de urgencia que resultan atendibles” (fs. 21) y que “...la protección del interés que pretende tutelarse a través de la medida precautoria solicitada podría devenir

abstracta si al tiempo transcurrido desde que se efectuara la denuncia (...) se le suma el que puede insumir una eventual contienda de competencia” (fs. 21) (con lo cual no hizo más que ajustarse, concreta y diligentemente, a la regla que consagra el art. 179, párrs. 2º y 3º, CCAyT).

En segundo lugar porque, aunque “la única medida solicitada” fue el allanamiento, como bien lo señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen de fs. 38/39, podrían existir cuestiones pendientes a resolver resultantes del allanamiento, higienización de la vivienda, control de plagas y desratización *realizados a costa del propietario*, que no es del caso precisar por el Tribunal.

En tercer lugar, porque más allá de las formalidades de la presentación de la Dirección General Control de la Calidad Ambiental que dio origen a la cuestión (véase fs. 2), lo cierto es que el *sub examine* no versa sobre una denuncia, sino que contiene la descripción de la situación referida al inmueble de la calle Hernandarias n° 1317 y de los trámites seguidos hasta el momento —disposición 710-DGCCA/05 incluida— para justificar una petición específica ante el señor fiscal en lo Contravencional: de “la orden de allanamiento del inmueble... a los fines de ... higienizar la vivienda y posibilitar la efectiva realización de las acciones necesarias de saneamiento, control de plagas y desinfección...”.

3. Por todo lo expresado, corresponde declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 y remitirle el expediente a sus efectos, y hacer saber lo decidido al Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 13.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Quiero advertir acerca de la opinión que he dado al votar en la causa “Alberti, Solange Herminia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia” (expte. n° 2128/03, resolución del 3/3/2003), opinión que he reiterado en sentencias posteriores. Ella sólo acepta resolver las cuestiones de competencia entre tribunales de mérito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una cuestión menor, que no ha sido establecida para el Tribunal como competencia constitucional, y que éste sólo toma a su cargo por razones prácticas —básicamente, “(...) en homenaje a la necesidad de conceder a los ciudadanos un acceso verdadero a los órganos judiciales para plantear sus problemas, tengan o no tengan razón (...)” (conf. causa “Alberti”, punto 1 de mi voto).

2. No resulta clara en la legislación local la división entre el derecho de faltas, el procedimiento administrativo sancionatorio y el ejercicio de poder

de policía por parte de la Administración. Buscar un límite exacto, una línea divisoria que quizá no exista, pues es posible concebir cierta competencia compartida o genérica, y desperdiciar en ello tiempo y esfuerzo dignos de mejor tarea, me parece irracional. En este caso, con razón, el juez en lo contravencional y de faltas, ante el cual se solicitó una orden de allanamiento —por parte de la Administración (conf. fs. 1/1 vta., expediente principal) y de la Fiscalía (conf. fs. 27/27 vta., autos principales)—, controló la razón del requerimiento, accedió a él (conf. fs. 29/32 vta., expediente principal) y, conforme a ello, el allanamiento solicitado fue llevado a cabo (conf. fs. 43/76, autos principales). Con esas actuaciones se agotó el pedido en cuestión, más allá del trámite administrativo o judicial que lo hecho o lo hallado en ese allanamiento, o lo supuesto por él provoque posteriormente. Será la Administración quien dicte los actos administrativos que ello supone o, por lo contrario, evite esa actividad.

3. Con todo ello quiero decir que la difícil cuestión a resolver en la legislación local acerca de quien tiene competencia judicial para intervenir en cuestiones reguladas por el derecho de faltas, o por el derecho administrativo sancionatorio, o bien, en caso de que la Administración pretenda ejercer su poder de policía, así como también el problema atinente a cuál es la línea divisoria entre las categorías mencionadas, aquí no se presentan. Me parece correcto que, más allá de toda controversia, la Administración se someta a la decisión judicial local para allanar una finca o morada por cualquier motivo, motivo que deberá ser analizado por el juez que previno, sin dilaciones o con carácter urgente —carácter que parece eliminar, en lo posible, todo conflicto de competencia—, como ha sucedido en el caso bajo análisis. Por lo demás, en procesos de naturaleza análoga (aunque con matices), el Tribunal ha convalidado el criterio propuesto en este voto (entre otros, “Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria c/Propietario local Av. Gral. Paz 10.634, 4º 406 s/Aut. Adm. actora —otros”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, p. 192 y ss.), así como también, por mi parte, he reiterado esta solución en el marco de procedimientos urgentes, como ser en la causa “Alberti” (ya citada). Resulta claro, entonces, que con la decisión del juez en lo contravencional y de faltas finaliza toda intervención del Poder Judicial local en el caso concreto que analizamos.

4. Por ello, voto por devolverle los autos al juez en lo contravencional y de faltas que previno, con el objeto de que él archive sus propias actuaciones destinadas a autorizar a la Administración a concretar el allanamiento pretendido.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Como ha quedado manifiesto en los “resulta”, con motivo del ejercicio de actividad propia de la administración atinente a sus funciones de ve-

rificación y de control —en el caso mediante la intervención de la Dirección General Control de la Calidad Ambiental (y asimismo del área de Control de Plagas dependiente de ella)— se requirió a la justicia una orden de allanamiento de morada a los efectos ejecutar el apercibimiento —realizado mediante disposición 710-DGCCA/05 y de hecho desofdo por el propietario— de desratizarla e higienizarla.

2. Asimismo se destaca que al efectuar su pedido ante el fiscal contravencional, la Dirección General Control de la Calidad Ambiental lo fundó en el art. 80 del Cód. Contrav., que tipifica la contravención de ensuciar bienes de propiedad pública o privada.

A su vez, el representante del Ministerio Público Fiscal, al canalizar el requerimiento ante el magistrado previniente lo fundamentó en “lo establecido por los arts. 1.3.4, 1.3.21 y 1.3.22” del Código de Faltas de la Ciudad, que tipifican en cabeza del titular o responsable de un establecimiento o inmueble, las respectivas faltas de producir olores que excedan la norma tolerancia, no mantenerlo en condiciones adecuadas de higiene y salubridad cuando, previamente emplazado, no efectúe los trabajos que correspondan, y no realizar las tareas de desinfecciones y desratización periódicas cuando se comprobare la existencia de roedores.

3. Por razones prácticas y jurídicas considero que en la solución de problemas de competencia como el analizado han de tenerse en cuenta diversas disposiciones legales: el art. 12, L.P.A. y los arts. 1º y 6º de la ley 1217 que regula el procedimiento de faltas de la Ciudad Autónoma.

Parece oportuno, en atención a que en otras causas el Tribunal optó por otras formas de resolución del conflicto, recordar lo ordenado por las normas mencionadas. El art. 12, L.P.A. dice: “Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial. Sólo podrá la administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la población o intervenir en la higienización de inmuebles. Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta”.

A su vez, el art. 1º de la ley 1217 expresa: “Competencia. Lo dispuesto en el presente título se aplica a todo procedimiento por el cual los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía verifi-

quen la comisión de una infracción contemplada en el Régimen de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Por su parte, el párr. 1º del art. 6º de la ley 1217 señala: “Requerimiento de auxilio de la fuerza pública. Los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía pueden requerir el auxilio de la fuerza pública y al solo efecto de asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta”.

A partir del plexo precedentemente transcripto, es posible delinear un criterio de distribución de competencias relativamente objetivo, que proporciona un apreciable grado de certeza para resolver este caso y asuntos futuros similares, y que puede sintetizarse del siguiente modo:

- a) Si la autoridad administrativa que solicita el allanamiento lo hace en ejercicio de facultades de verificación y control de faltas, la competencia es del fuero en lo contravencional y de faltas (conf. arts. 1º y 6º, ley 1217). La justicia contravencional y faltas deberá analizar las atribuciones de la autoridad administrativa que formula la solicitud antes de dictar la orden de allanamiento.
- b) Si la autoridad administrativa solicita el allanamiento para cumplir con una actividad o finalidad administrativa diferente al control de faltas, la competencia es contencioso-administrativa (p. ej., realizar una mensura; asegurar una estructura; realizar tareas de mantenimiento de la iluminación pública para lo cual haya que ingresar a una propiedad privada; retirar cables o elementos que pasan por una propiedad privada o su espacio aéreo; analizar cimientos; establecer las condiciones históricas de un sitio o lugar a fin de preservarlo; realizar un estudio de impacto ambiental; etc.).

4. De conformidad con lo reseñado *supra* (puntos primero y segundo de mi voto), la competencia para entender en el caso corresponde entonces a la justicia contravencional, puesto que la actividad de la administración en el *sub iudice* encuadra en el supuesto descrito en el apartado a) del punto anterior, a lo que debe agregarse que el hecho generador —la acumulación de residuos, la falta de higienización, etc.— verificado en relación a la finca de Hernandarias n° 1317 podría, asimismo, tratarse tanto de una contravención como de una falta.

Por ello, voto por atribuir la competencia al juzgado Contravencional y de Faltas N° 13.

Por ello, por mayoría, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11, donde, a los efectos que pudiese corresponder, quedará radicada la presente causa.

2°. *Mandar* se registre, se notifique al señor fiscal general adjunto, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 13 y se remita el proceso al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11.

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

XXXI

“SOCIEDAD DE ESTADO CASA DE MONEDA S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘GCBA C/SOCIEDAD DEL ESTADO CASA DE MONEDA
S/EJECUCIÓN FISCAL - PLAN DE FACILIDADES”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad.

Ejecución fiscal. Excepciones de falta de legitimación pasiva, pago total y litispendencia. Sentencia definitiva

Expte. n° 4261/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 8/11/2002 el GCBA inicia ejecución fiscal contra Sociedad del Estado Casa de Moneda ante el Juzgado n° 6 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a fin de cobrar \$ 432419,57, con más los intereses y costas generadas a la fecha del efectivo pago, en concepto de saldo de la caducidad del Plan de Facilidades dispuesto por dec. 1708/97, módulo 0804, solicitud 921167 (fs. 3/4 autos principales).

2. El 25/4/2003 la demandada se presenta; opone excepciones de falta de legitimación pasiva, de pago total y de litispendencia; y contesta demanda (fs. 24/28 autos principales).

3. El 2/7/2003 el Gobierno contesta el traslado de las excepciones opuestas por la demandada (fs. 56/67 autos principales).

4. El 25/11/2003 la jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 9 rechaza las excepciones opuestas por la contribuyente y ordena llevar adelante la ejecución (fs. 73/74 vta. autos principales). Funda su decisión en los siguientes argumentos: 1) como es la propia contribuyente quien admite ser la titular del plan de facilidades que el Gobierno pretende ejecutar, la defensa de falta de legitimación pasiva articulada no puede

progresar; 2) asimismo, como la accionada acepta haber pagado las 6 primeras cuotas del plan, como ese pago se efectuó con anterioridad a la caducidad del mismo y lo que ahora se le reclama es el saldo, corresponde rechazar la excepción de pago; 3) finalmente es infundada la defensa de litispendencia puesto que no se verifica la triple identidad (sujetos, objeto y causa) requerida para que aquella tenga asidero.

5. El 29/11/2004 la Sociedad del Estado Casa de Moneda apela, conforme surge de la presentación de fs. 76 autos principales y del memorial obrante a fs. 80/84 vta. autos principales.

6. El 29/10/2004 la Sala II de la Cámara declara desierto el recurso (fs. 89/89 vta. autos principales): “Los fundamentos expuestos en la apelación (...) no atacan ni refutan el decisorio, ni cuestionan los fundamentos esgrimidos por el a quo al dictar sentencia” (fs. 89).

7. El 5/2/2005 la contribuyente interpone un recurso de inconstitucionalidad (fs. 93/95 vta. autos principales), cuya denegatoria (fs. 111/111 vta. autos principales) motiva la presente queja (fs. 24/27 vta.).

8. El 20/10/2005 el fiscal general adjunto propicia rechazar el recurso intentado porque no se introdujo contra una sentencia definitiva (fs. 34/36).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 24/27 vta. está interpuesta en tiempo y forma. Ella contiene una crítica satisfactoria del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, no puede prosperar.

En efecto, la misma fue articulada a fin de insistir con el camino recursivo intentado mediante el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 93/95 vta., autos principales, para atacar una sentencia que no es definitiva ni fue dictada por el tribunal superior de la causa. Ambos, requisitos de procedencia requeridos por el art. 27 de la ley 402.

2. La Sociedad del Estado Casa de Moneda impugna a través del recurso de inconstitucionalidad la decisión de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 89/89 vta., que declaró desierto el recurso de apelación fundado a fs. 80/84 vta., autos principales. Dicha apelación había sido planteada contra la resolución de primera instancia que rechazó las excepciones opuestas por la contribuyente (de falta de legitimación pasiva, de pago total y de litispendencia) y ordenó llevar adelante la ejecución (fs. 73/74 vta. autos principales).

No se trata, entonces, de un pronunciamiento que ponga fin a la controversia, ni la quejosa demuestra por qué ese resolutorio —eventualmente— le ocasionaría un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior (conf.

mi voto en la causa “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, resolución de 7/4/2004). Tampoco denuncia vicios que invaliden la decisión que declara desierta la apelación (conf. voto de mi colega el juez Luis F. Lozano, al que adherí, en autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Giuseppino S.R.L. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3037/04, resolución de 1°/9/2004).

En ese contexto, la propia conducta procesal de la Sociedad del Estado Casa de Moneda aniquiló su legitimación para abrir la vía prevista por el art. 27, L.P.T.

Precisamente, esto implica que las razones para rechazar las excepciones opuestas por la contribuyente no provienen del tribunal superior de la causa —cuya sentencia no abordó el tema por estimar improcedente el recurso de apelación que habría podido habilitar la revisión— sino que emanan de la jueza de primera instancia.

3. Finalmente, la recurrente pretende subsanar estos vacíos a partir de una somera referencia al derecho de defensa e invocando ligeramente la doctrina de la arbitrariedad.

No obstante, la ausencia de los requisitos exigidos por el art. 27 de la ley 402 no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento (conf. mi voto en la causa “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, resolución de 7/4/2004).

4. Por los motivos expuestos, voto por rechazar la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma y se dirige a atacar lo resuelto por el superior tribunal de la causa, mas no puede prosperar por no estar dirigida contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

2. En tal 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).

3. Debe puntualizarse, por otra parte, que las sentencias dictadas en ejecuciones fiscales no revisten, por regla general, el carácter de “sentencia definitiva”, para habilitar la vía del recurso de inconstitucionalidad ante este estrado (véase mi voto en: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denega-

do, en: ‘GCBA c/Lowe Argentina SACIFI de Cinematografía y Televisión s/ejecución fiscal —ingresos brutos’”, expte. n° 3004/04, sentencia del 30/6/2004).

4. Tampoco habilitan la revisión extraordinaria, aspecto que en el caso específicamente interesa, los pronunciamientos que decretan la deserción de recursos contra sentencias de las anteriores instancias de mérito. Sobre el particular, el tribunal cimero ha puntualizado que “en virtud de su carácter fáctico y procesal, resultan irrevisables en la instancia extraordinaria las conclusiones a que arribara la Cámara respecto de la deserción del recurso...” (*in re*: “Robot SACIFI v. Administración General de Puertos” —*Fallos*, 310:2214—, sentencia del 20/10/1987); o que “la decisión referente a la insuficiencia de la expresión de agravios y a la consiguiente deserción del recurso es, como regla, ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte” (causa: “Santos Cifuentes y otros v. Nación Argentina (Ministerio de Economía)” —*Fallos*, 314:800—, sentencia del 6/8/1991). Más aun cuando en el *sub lite* no se advierte arbitrariedad en la decisión que se ataca.

5. Para concluir, me siento en la necesidad de agregar, *obiter dicta*, que en un eventual juicio ordinario de repetición ulterior, Sociedad del Estado Casa de Moneda podría, quizás, invocar la *doctrina de la inmunidad fiscal de los instrumentos de gobierno y de las entidades públicas y sus dependencias*, respecto de los tributos de otros planos estatales diferentes del nacional (conf. pronunciamiento de la Corte Suprema estadounidense *in re*: “McCulloch v. Maryland”, 18 US (4, Wheaton) 316, (1819); y dentro de la doctrina nacional, véase JARACH, Dino: *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, capítulo tercero: “La atribución del hecho imponible a los sujetos pasivos y los momentos de vinculación con el sujeto activo”, parág. 22: “Exenciones tributarias subjetivas y doctrina de la inmunidad fiscal de las entidades públicas”, pp. 197 y ss., en particular pp. 199 a 201; NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J.: “Apuntes sobre la denominada inmunidad fiscal del Estado”, *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, mayo de 1998, pp. 29 y ss., o *Anales* (1994-1998), de la misma Asociación, pp. 267 y ss., o ADROGUÉ, Carlos A.: *Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno*, segunda parte: “La imposición sobre la propia instrumentalidad”, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943), incardinado ello al cumplimiento por tal entidad de la emisión de moneda de curso legal para el Banco Central, a partir de las prescripciones del inc. 6° del art. 75 de la C.N., aspecto que no ha sido tempestiva ni fundadamente introducido en la presente causa, la cual podría ser, incluso, de haberse hecho valer correctamente tal defensa, inidónea para abordarla en atención a su limitado ámbito cognoscitivo.

Cabe añadir a este respecto, que planteos como los consignados en el párrafo precedente, tampoco pudieron ser traídos en la queja ya que el recurso de hecho debió limitar sus agravios a la decisión que tuvo por desierta la apelación contra la sentencia de la primera instancia.

Por lo hasta aquí expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, me pronuncio por el rechazo de la queja.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Sin perjuicio de no compartir con la resolución criticada un defecto verbal ya contenido en la propia ley (CCAyT, 236 y 237: deserción del recurso), coincido con los votos de mis colegas.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia E. Ruiz, en que la queja debe ser rechazada, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad no está dirigido contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa (conf. art. 27, ley 402).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a los puntos 1 a 4 del voto del Dr. José O. Casás.

Por ello, de conformidad con el dictamen del fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por la Sociedad del Estado Casa de Moneda.

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

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

XXXII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ALBERGANTI, CHRISTIAN ADRIÁN S/ART. 68, CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

**RECURSO DE QUEJA: Extinción de la acción pública.
Declaración de prescripción de oficio. Cuestión abstracta**

Expte. nº 4328/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa oficial del Sr. Alberganti ocurrió en queja ante este TSJ (fs. 122/134) contra la decisión de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas, que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad incoado contra la sentencia que confirmó la condena dictada por la Sala II luego de que este Tribunal, por mayoría, ordenara la remisión de las actuaciones al *a quo* para que jueces distintos a los que emitieron aquella primera condena, en el caso, resolvieran —como tribunal de alzada— los agravios no tratados en el primer recurso de inconstitucionalidad intentado en estos autos (fs. 68/79).

2. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, consideró conveniente señalar que la acción había prescripto con anterioridad a que la Sala I emitiera la sentencia confirmatoria de la primera condena. Por lo tanto, solicitó el sobreseimiento del encausado. En subsidio, entendió que la queja debía ser rechazada por “no presentar un caso constitucional” (fs. 140/141).

3. Sustanciado el recurso, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. Sin embargo, posteriormente, el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 13 comunicó al Tribunal la resolución que declaró, de oficio, prescripta la acción contravencional (fs. 156/157). Tal pronunciamiento quedó firme por ausencia de recurso acusatorio.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Es indudable que la extinción de la acción pública tornó abstractos los planteos teóricos propuestos por el recurrente en su presentación directa —fundados en la afectación de los principios de legalidad y lesividad— y, en tales condiciones, resulta inoficioso, en la actualidad, decidir sobre los puntos sometidos a consideración. En efecto, la abundante doctrina nos explica que para que prospere una impugnación es necesario que el agravio sea cierto, concreto y resultante de la resolución que se cuestiona. De esta manera, se ha dicho que “el requisito de gravamen no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tornado inoperante, cuando éste ha desaparecido de hecho o ha sido removido el obstáculo en que se asentaba” (CSJN, *Fallos*, 306:1160; 310:819; entre otros) y su inexistencia importa la desaparición del “poder de juzgar” (*Fallos*, 311:787).

Por lo tanto, para admitir esta queja hubiera bastado la demostración de un caso constitucional resultante de la decisión que, en rigor, se proponía atacar mediante el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Sala, es decir, la resolución que revisó y confirmó la condena del encausado. En este marco, se advierte que la atribución de responsabilidad que recayó sobre él ya no subsiste a la fecha pues, al declararse la prescripción de la acción (de oficio), y más allá de su acierto o error, debe tenérsela por no pronunciada y

ningún efecto jurídico podrá surtir en el futuro. Entonces, si bien la decisión de la alzada podía, al interponerse la queja, por vía de hipótesis, producir un perjuicio susceptible de un reproche constitucional, aquella eventualidad ha “desaparecido de hecho” tornando abstracta la cuestión, con la consecuente imposibilidad de ser revisada en esta instancia de excepción.

Por ello, un pronunciamiento acerca de los puntos materia de recurso o, inclusive, del trámite impreso a estas actuaciones luego de la intervención de este Tribunal, importaría una declaración innecesaria y ajena al estricto marco de control constitucional que a este estrado le concierne en virtud del art. 113, CCBA.

En consecuencia, solo resta desestimar la presente queja y, en tanto las razones que obstan a su admisibilidad son posteriores a su interposición y ajenas a la defensa, no corresponde, en este caso, exigir el depósito de ley (conf. “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ciardullo, Roberto s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3820/05, resolución del 18/5/2005, voto del Dr. Lozano —al que adherí—).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En virtud de la declaración de prescripción dictada por el señor juez de grado (fs. 156/157) corresponde el archivo de las presentes actuaciones.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La sentencia del juez de primera instancia (agregada a fs. 156/157 vta.) pone de manifiesto que esta causa ha terminado, esto es, que el proceso en cuestión ha sido sobrepuesto. Puesto que el juez interviniente ha declarado extinta la acción contravencional y, a su turno, la Fiscalía ha consentido esa decisión (esto es, la resolución citada devino firme), carece de sentido pronunciarse acerca de recurso alguno en el marco de este proceso. Por ello, en tanto la cuestión debatida en la pieza recursiva a estudio de este Tribunal se tornó manifiestamente abstracta, corresponde archivar estas actuaciones, tal como lo postula la jueza Alicia E. C. Ruiz en su voto.

2. Dado que no considero pertinente pronunciarme acerca de los fundamentos que sustentan el recurso de hecho deducido a fs. 122/134 vta., carece de asidero dirimir si el recurrente debe abonar el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402. Sin perjuicio de ello, resulta conocida mi opinión en el sentido de que los órganos oficiales, en especial el Ministerio Público, están exentos de constituir el depósito previsto en la L.P.T. como exigencia de admisibilidad del recurso de queja (conf. expte. n° 1509/02, resolución como juez de trámite: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3°, inc. a), ley 327). En este caso, al recurrir la defensa oficial del Sr. Alberganti, debería expedirme, de ser ello pertinente, por hacer lugar a la exención solicitada por el defensor en el punto III del escrito presentado ante este Tribunal.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega la Dra. Ana María Conde en cuanto al rechazo de la queja incoada por la defensa de Christian Adrián Alberganti, pues los planteos formulados por la interesada han devenido abstractos debido a que la declaración de prescripción de la acción contravencional decretada en primera instancia se encuentra firme. En tanto las razones que obstan a la admisibilidad de la queja son posteriores a su interposición y ajenas a la defensa, no corresponde, en el caso, exigir el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402 (v. “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ciardullo, Roberto s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3820/05, sentencia del 18/5/2005).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 122/134, en razón de haber devenido abstracta la cuestión articulada.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan los principales junto con esta queja a la sala de apelaciones de origen.

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

XXXIII

“GENERAL TOMÁS GUIDO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GRAL. TOMÁS GUIDO S.A. S/INFR. VIOLAR LUZ ROJA Y OTRAS —APELACIÓN’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Interpretación de normas

locales. Reformatio in peius. Interposición extemporánea

Expte. n° 4080/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los apoderados de la empresa de transporte General Tomás Guido S.A. interpusieron recurso extraordinario federal contra la sentencia de este Tribunal en cuanto resolvió rechazar la queja oportunamente deducida.

Sintéticamente, los recurrentes sostuvieron que la decisión objetada afectó el derecho de defensa en juicio y debido proceso, al no habérseles acordado —durante la sustanciación del proceso— la oportunidad de ser oídos y producir prueba en favor de su mandante, en tanto, en el caso, se habría omitido la citación a juicio de los “verdaderos autores” de las infracciones de tránsito. Finalmente, sustentaron idéntica afectación de tales derechos constitucionales, en virtud de un excesivo rigorismo formal por parte de la mayoría de este Tribunal que consideró intempestiva la introducción del agravio referido a la violación de la prohibición de la *reformatio in peius* (fs. 130/145).

2. El fiscal general adjunto solicitó que se haga lugar al recurso sólo con relación a la imposibilidad de desvirtuar la imputación de las infracciones mediante la comparecencia de los conductores de los vehículos al proceso (fs. 148/149).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal intentado, pese a dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos exigidos en la especie, no resulta admisible pues no involucra ninguna cuestión de naturaleza federal o constitucional.

En efecto, la falta de citación de los choferes que la recurrente señala como autores materiales de las infracciones no afecta el derecho de defensa ni constituye una violación a la garantía del debido proceso, en tanto, “[n]o le asiste a la empresa, un derecho tal que le permita gobernar el procedimiento administrativo o judicial de faltas hacia la investigación de la responsabilidad que pudo caberle a los conductores presuntamente involucrados” (según mi voto en autos). Estas afirmaciones no resultan rebatidas por su presentación pues, pese a enunciarse en abstracto la afectación de diversas garantías, no se logran controvertir los fundamentos de la sentencia sobre tal base, menos aún, demuestra de qué manera la decisión colisiona con las menciones que realiza. Entonces, la deficiencia para articular una cuestión federal determina el rechazo del remedio extraordinario.

Por otra parte, la interpretación de las normas del procedimiento local de faltas no es una materia susceptible de revocación por vía de un recurso de esta naturaleza, pues el marco de conocimiento de la CSJN se encuentra limitado a la existencia de una cuestión federal, ausente en este caso. Así se advierte que los agravios de los que intenta valerse el impugnante, en rigor, sólo se relacionan con cuestiones de hecho, prueba y derecho local, sin que apa-

rezca esbozado un planteo que comprometa la constitucionalidad de las normas aplicadas al caso.

Asimismo, no cabe desconocer que la propia CSJN, en un precedente análogo, ha considerado que la cuestión suscitada no constituye un agravio federal suficiente por carecer de la trascendencia necesaria para habilitar la instancia extraordinaria (*in re* “Transporte 22 de Setiembre SAC c/Tribunal Municipal de Faltas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”). Por tanto, la existencia de un doble sistema de responsabilidad en esta particular materia no afecta los principios constitucionales invocados o, cuanto menos, no resulta un argumento válido para acceder al Tribunal cimero.

2. Ahora bien, el agravio relativo a la prohibición de la *reformatio in peius*, en el caso, fue introducido tardíamente y dicha circunstancia impide su consideración por la CSJN. Ello es así pues, al resolverse la queja, no se ingresó al tratamiento de este punto por la omisión exclusiva del recurrente, por lo cual, en esta oportunidad, la procedencia del recurso federal intentado no puede determinarse sobre la base de una cuestión ajena a la resolución impugnada. De manera que aquella omisión reviste trascendencia, también, en la suerte de la vía extraordinaria y ello, lejos de suponer un mero y estéril requisito ritual —lesivo del derecho de defensa—, responde a la necesidad básica de que los tribunales inferiores puedan pronunciarse sobre la materia que, posteriormente, será sujeta a revisión. Por lo tanto, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que “las formalidades deben dejar paso al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (fs. 133 vta.) puesto que, muy por el contrario, son esas mismas exigencias las que garantizan un legítimo ejercicio del derecho de defensa —ejercitado, en autos, en el modo que se creyó más conveniente a los intereses de su representada.

En consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario federal.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde. Corresponde denegar el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de este Tribunal de fecha 14 de diciembre de 2005 puesto que, aunque lo fue en tiempo y forma, no está dirigido contra una sentencia definitiva. Este tribunal no se expidió acerca del fondo de la cuestión, sino que rechazó la queja que la actora dirigió contra la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad dispuesta por la Cámara el 29 de octubre de 2004 (fs. 71/72). Los agravios que dicha queja pretendía traer a conocimiento del Tribunal, cuyo contenido no difiere de los vertidos en el recurso federal *sub examine*, no eran de la clase de los contemplados en el art. 113, inc. 3º, CCBA o, lo que es relevante para esta ocasión, en el art. 14 de la ley 48. La sentencia definitiva, que con fecha 6 de abril de 2005 emanó de la Cámara (fs. 61/62 vta.), esto es, de un tribunal que no es el superior a cuya decisión podría haber aspirado si la cuestión fuera federal, está sustentada en

fundamentos de hecho, prueba y derecho no federal —leyes locales 451 y 1217—, circunstancia que priva de relación directa con la solución del caso a los derechos de defensa y debido proceso invocados (conf. art. 15 ley 48).

2. Particularmente en lo que hace al agravio consistente en la violación del derecho de defensa que busca apoyar en la falta de citación de los choferes, además vale destacar que el recurrente omite hacerse cargo del fundamento expuesto en mi voto, según el cual debió explicar qué circunstancias de hecho exculporias esperaba acreditar mediante la prueba de testigos que no le fue concedida, al igual que de aquel otro expuesto por el Dr. Julio B. J. Maier, en cuanto sostiene que debió citarlos para contradecir la imputación realizada contra la empresa, en lugar de haberlo hecho para desviar la responsabilidad por las faltas imputadas. Finalmente, tampoco controvierte las razones dadas por la Dra. Alicia E. C. Ruiz para rechazar la queja por defectos formales.

3. En lo que hace al agravio consistente en la violación de la prohibición de *reformatio in peius*, se debe destacar que la resolución de este tribunal en el sentido de que dicho agravio fue planteado de modo inoportuno no es revisable por la CSJN dada la naturaleza procesal del punto (*Fallos*, 113:429; 127:170; 131:196; entre muchos otros). La imposibilidad de analizar dicho gravamen por parte de este tribunal radicó en que el recurso de inconstitucionalidad local sólo le confiere competencia para revisar la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa —conf. art. 27 ley 402—, y aun en la mejor hipótesis para el recurrente, la prohibición de *reformatio in peius* habría sido infringida en la sentencia de primera instancia, sin que la sentencia del mencionado superior tribunal de la causa hubiera podido considerar el punto, toda vez que no le fue propuesto por el recurrente en su apelación.

4. En tales condiciones, voto por denegar el recurso extraordinario presentado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido contra la sentencia de este Tribunal cumple con los requisitos formales exigidos por la ley. En efecto, el recurso fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito ante el tribunal superior de la causa y se articuló, a su vez, contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter de definitiva (conf. arts. 14 y conc., ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN). De modo paralelo, el escrito presentado por los apoderados de General Tomás Guido S.A. contiene un relato suficiente de los hechos relevantes de la causa y desarrolla, a su vez, una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia impugnada.

2. En esta oportunidad, el escrito reproduce el esquema que los recurrentes utilizaron para detallar sus agravios contra la sentencia de la Cámara tachada de inconstitucional en el ámbito local. En efecto, los apoderados de

General Tomás Guido S.A. exponen un único agravio denominado “violación de la defensa en juicio y debido proceso (art. 18, C.N., y 13, CCBA)”, cuyo desarrollo sustentan en dos motivos diferentes: *a)* oportunidad de ser oída y producir prueba durante el proceso en cuestión, tanto en su etapa administrativa como judicial, y *b)* lesión a la prohibición de la *reformatio in peius*. En cuanto al primer motivo señalado, resulta claro que los recurrentes cuestionan la interpretación brindada por las instancias de mérito sobre el alcance de normas de carácter *local* (derecho de faltas o administrativo sancionador, tanto en su faz procesal como en su vertiente sustantiva) y las consecuencias que su aplicación al caso concreto habrían provocado en detrimento de General Tomás Guido S.A. En este sentido, resulta evidente que se encuentra excluida la existencia de cuestión federal —materia sobre la cual versa el recurso que se intenta— cuando el problema se ciñe sobre la interpretación de normas y actos locales (conf. *Fallos*, 306:1005; 319:241; 323:1217, entre otros). En el caso particular, este Tribunal ya ha expresado que la interpretación brindada a las normas locales en juego —las cuales, de por sí, no han sido impugnadas por inconstitucionales— no compromete derecho fundamental alguno de los recurrentes. Más aún, el análisis que el escrito recursivo propone a la CSJN remite de manera inequívoca al estudio de cuestiones fácticas y de prueba que, por regla, no habilitan la intervención del máximo tribunal federal (conf. *Fallos*, 300:130; 307:110, entre otros). De esta manera, sólo resta denegar la presentación extraordinaria con respecto al motivo bajo estudio.

3. Con relación al segundo motivo descrito en el recurso bajo análisis, en tanto la segunda sentencia de condena aplica una pena superior sin que medie recurso acusatorio alguno, resulta palmaria la afectación a la prohibición de la *reformatio in peius*, más allá de exigencias formales acerca del momento preciso en que el afectado por una resolución adversa debe protestar por ello. En este caso particular, las formalidades en cuestión representan distintas variantes acerca de la oportunidad en la cual debió plantearse el motivo en cuestión —materia, ahora, del recurso extraordinario federal— en el específico caso de la legislación de faltas local. Sobre aquellos vericuetos formales ya me expedí con detalle en el punto 1 de mi voto en la sentencia ahora impugnada y, en consecuencia, analicé los fundamentos propuestos por los recurrentes sobre el tema. Puesto que en aquella oportunidad observé que los recurrentes habían introducido con éxito un caso constitucional apto para proceder a la casación de la sentencia recurrida (conf. art. 27, ley 402), advierto, en la actualidad, que el escrito recursivo bajo estudio logra, nuevamente, conectar, de manera seria y fundada, las constancias de esta causa con la evidente lesión a una prohibición derivada de normas contenidas en la Constitución Nacional (conf. art. 15, ley 48). De esta manera, frente a la cuestión federal planteada sobre el punto —esto es, la alegada lesión de las prescripciones contenidas en los arts. 18 y 33, C.N.—, considero que la CSJN se encuentra formalmente habilitada para conocer el agravio enunciado por los apoderados

de General Tomás Guido S.A., con relación al motivo analizado en este apartado.

4. Por las razones expuestas en los párrafos precedentes, propongo conceder parcialmente el recurso extraordinario federal, con el alcance que preciso en el punto 3 de este voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo sostiene en su voto la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, el recurso extraordinario federal interpuesto no puede prosperar.

2. En cuanto al reproche que se pretende construir a partir de la alegada afectación de garantías constitucionales por la supuesta *reformatio in peius* que se habría dado en la causa, este Tribunal ya puso de resalto que el mismo no podía ser objeto de tratamiento, toda vez que había sido planteado de manera extemporánea —recién al interponerse el recurso de inconstitucionalidad—. La defensa, ahora, reitera su planteo y sostiene que “las formalidades deben dejar paso al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (fs. 133 vta.). Sin embargo, debe recordarse que el tribunal cimero al referirse a los requisitos formales que dan andamiaje al remedio federal, lejos de considerar la cuestión como un mero ritualismo, ha resuelto que la exigencia de introducción oportuna de la cuestión federal para la procedencia del recurso extraordinario tiene por objeto que el tema de agravio haya sido sometido a las instancias ordinarias y debatido en ellas, evitando así lo que constituye una reflexión tardía de las partes (doctrina de *Fallos*, 302:468, entre otros) y, en consecuencia, “si el apelante omitió la debida actuación en la etapa procesal pertinente a los fines de una adecuada defensa de sus derechos, estos no resultan susceptibles de ser tratados por la vía del art. 14 de la ley 48, al quedar afectados por las consecuencias de su conducta discrecional” (*Fallos*, 315:369).

Por ello, coincido con los fundamentos y solución contenidos en el voto de la señora jueza de trámite.

3. En punto a la alegada afectación del *debido proceso* por la falta de citación de los choferes al juicio, la empresa se limita a manifestar nuevamente su desacuerdo sobre cuestiones infraconstitucionales tratadas en el *sub iudice*, a partir de argumentaciones expuestas en escritos anteriores —puntualmente respecto de cómo deben interpretarse diversos preceptos del Régimen de Faltas vigente en la Ciudad—. En estas condiciones, el planteo de la recurrente no presenta un verdadero caso federal, sino que intenta —una vez más— deslindar su responsabilidad sin cuestionar la constitucionalidad de la norma que objetivamente se la atribuye. En suma, tal como lo sostiene la Dra. Ana María Conde en su voto —al que adhiero—, la materia objeto de recurso sólo se relaciona con cuestiones de hecho, prueba y dere-

cho local, ajenas al remedio intentado. En este sentido, más allá del acierto o error del pronunciamiento recurrido, debe tenerse en cuenta que la aplicación e interpretación de reglas de derecho local es materia excluida del recurso extraordinario federal (*Fallos*, 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos*, 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros).

En consecuencia, cabe concluir que la defensa no logra demostrar la relación directa e inmediata entre la cuestión materia de este litigio y las normas constitucionales invocadas en su escrito (art. 18, C.N.), relación que constituye uno de los requisitos exigidos para la procedencia del remedio federal.

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario fue interpuesto en tiempo y forma, sin embargo no puede ser admitido.

2. Bajo la genérica invocación de la “violación de la defensa en juicio y debido proceso” la apelante pretende por un lado insistir en que no ha tenido la oportunidad de ser oída y producir prueba durante el proceso, y por el otro fundar la alegada violación de la prohibición de *reformatio in peius*.

3. La primera de las cuestiones traídas a discusión, tiende únicamente a revisar cuestiones de hecho, prueba y derecho local que, por su naturaleza, resultan ajenas al control que realiza la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal, y en consecuencia no es admisible.

4. Con relación a la alegada violación de la *reformatio in peius*, aun cuando bien articulada pudiera configurar una cuestión federal, lo cierto es que es insostenible en esta oportunidad dada la actuación de la recurrente a lo largo el proceso y la circunstancia de que la defensa que ahora invoca no haya sido ni siquiera mencionada frente a decisiones en instancias previas al recurso de inconstitucionalidad que tal vez la hubieran habilitado. La Corte Suprema ha dicho en reiteradas ocasiones que la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe ser oportuna y adecuadamente introducida en la causa y *mantenida en el curso del procedimiento* (*Fallos*, 243:330; 293:242; 303:171, 307:1985), bajo pena de improcedencia del recurso (*Fallos*, 243:330; 248:51 y 577; 251:180; 316:724; 321:1655).

5. Por las razones señaladas precedentemente voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 130/145.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 126 punto 3.

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

XXXIV

“BAIGORRIA, BEATRIZ MERCEDES Y OTROS C/GCBA S/AMPARO SOBRE ELECTORAL Y OTROS”

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA:

**Competencia originaria. Instituto de la Vivienda. Elección
de representantes barriales. Materia electoral. Competencia
del fuero contencioso administrativo y tributario. Juez que previno**

Expte. nº 4547/06 - 15/3/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/7 la señora Beatriz Mercedes Baigorria, conjuntamente con otros vecinos de la Villa 3 “Fatima”, del barrio Villa Soldati de la Ciudad de Buenos Aires, promovió, ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12, acción de amparo contra “el Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires”, con el objeto de que “...de manera urgente se subsane las graves irregularidades existentes en la gestión, administración y distribución de los recursos materiales asignados a la Villa 3 y asimismo subsane las omisiones incurridas, arbitrándose las medidas conducentes y necesarias para convocar a elecciones reconociendo la Junta Electoral del Acta 4 y Acta 5 presentada en tiempo y en forma; y, teniendo a la vista los antecedentes de falta de transparencia e irregularidades en la creación de padrones, los atentados y amenazas recibidas por muchos de los vecinos que denunciaron y denuncian la grave situación se ordene al GCBA dicte los actos administrativos y realice las designaciones necesarias a los efectos de velar por la vida y seguridad de los vecinos que denunciamos esta arbitrariedad que nos encontramos

amenazados y asimismo designe veedores y representantes para que procuren un proceso electoral transparente y legítimo donde los vecinos puedan concurrir de modo libre a emitir su voto”. Pide, asimismo, una medida cautelar.

2. A fs. 62/63 la señora jueza que previno no hace lugar la medida cautelar y, a fs. 67, en forma concordante con el dictamen fiscal de fs. 65/66, ella declina su conocimiento en la causa por entender que corresponde a la competencia de este Tribunal.

Se pondera a ese efecto que se “ventila[n] en autos cuestiones atinentes a un proceso electoral (llamado a elecciones, reglamento, ilegitimidad de actual autoridad, entre otras) ... que corresponde a la jurisdicción originaria del Tribunal Superior de Justicia, conforme lo dispuesto por el punto 6 del art. 113 de la Constitución local...”.

3. A fs. 74/75 el señor fiscal general propugna la competencia del fuero que previno.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. A tenor de lo que surge de la copia de la resolución de la Defensoría del Pueblo del 24/11/2004 que la actora adjuntó a fs. 18 —pues la demanda no es clara sobre el punto y los demás elementos acompañados tampoco— la materia “electoral” del *sub examine* atañe a la elección de los “representantes barriales” de la Villa 3 por ante el Instituto de la Vivienda de la Ciudad —“continuador jurídico de la Comisión Municipal de la Vivienda creada por ley nacional 17.174” (art. 2º, ley 1251), y órgano de aplicación de las políticas de vivienda del GCBA (art. cit.)— a los efectos de la asignación de los recursos que compete al citado Instituto.

La imprecisión aludida alcanza tal grado que ni siquiera se menciona cuáles son las normas de fondo que establecen tales “representaciones” (cargos u órganos y a quiénes representan), quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo, etc., ni las adjetivas que regulan el proceso electoral y sus actos preelectorales. Sí se advierte que se atribuye al mencionado Instituto la facultad de “convocar” a elecciones, pero tampoco se señala el fundamento normativo de dicha potestad.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta claro, por varias razones, que esta “materia electoral” —relativa a la elección de “representantes barriales” ante el Instituto de Vivienda de la Ciudad— no es la que provoca la competencia originaria del Tribunal.

2. En la resolución que recuerda el señor fiscal general en su dictamen de fs. 74/75 (dictada en la causa “Partido Corriente Patria Libre c/GCBA s/daños y perjuicios”, expte. n° 929/01, resolución del 3/7/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 357/368), expresé que “la

Constitución de la Ciudad asigna competencia originaria y exclusiva al Tribunal Superior en un limitadísimo número de materias. La explicación de esta solución normativa adoptada por el constituyente resulta evidente: sólo razones de trascendencia institucional motivan la asignación de competencia originaria a la instancia superior de la organización jurídica de la Ciudad. Así, el Tribunal conoce originaria y exclusivamente en los conflictos entre los Poderes de la Ciudad, en las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad; en las acciones declarativas de inconstitucionalidad y en materia electoral y de partidos políticos (conf. art. 113, incs. 1º, 2º y 6º, CCBA)”.

Agregué también en esa oportunidad que “en el caso de la competencia electoral —a más de que la competencia sólo es originaria momentáneamente, esto es, si la Legislatura no decide crear un tribunal electoral—, las razones son claras: se trata de poner en cabeza del Tribunal Superior el control judicial de aquellos actos vinculados con el desarrollo del proceso electoral, para evitar dilaciones que puedan entorpecerlo y conceder certeza e inmediatez a las determinaciones judiciales vinculadas con él. Basta considerar las desventuras de las últimas elecciones presidenciales estadounidenses para resaltar el acierto de tal decisión del constituyente. Es a la luz de estos principios que debe ser interpretada la extensión de la competencia electoral”.

Añado ahora que una lectura coherente de la Constitución de la Ciudad muestra, sin mayor esfuerzo, cuál es el contenido de la materia electoral a la que se refiere el art. 113, inc. 6º: la que atañe al ejercicio de los derechos políticos y de participación ciudadana regulados en el Título II del Libro Segundo (Gobierno de la Ciudad) y que concierne, específicamente, al sufragio activo y pasivo en relación a los cargos públicos electivos de los órganos constitucionales que ejercen el gobierno de la Ciudad Autónoma, de conformidad con los principios republicano, democrático y representativo; a la libertad de asociación en partidos políticos como instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno; y a la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de gobierno mediante los llamados mecanismos de democracia “semidirecta”. (arts. 1º, 61 a 70, 72, 95 a 98, 115, 130 y concs., CCBA).

3. En el mismo sentido debe tenerse presente que, si bien la ciudad carece de una ley electoral —y una ley de partidos políticos— sancionada por la Legislatura de la ciudad (según lo prevé el art. 82, inc. 2º, CCBA), es de aplicación la legislación nacional vigente al momento de la sanción de la Constitución local, conforme lo ha establecido la ley nacional 24.588, en su art. 5º.

En otras palabras, rige en la Ciudad —como ley local— el Código Electoral Nacional (ley 19.945 —t.o. por dec. 2135/83— y sus modificatorias) de cuya sistematización se advierte, en forma evidente, que la competencia en materia electoral de la justicia electoral nacional concierne al ejercicio de los

derechos políticos de sufragio —activo y pasivo— para acceder a los cargos públicos electivos de los tres poderes del estado nacional (presidente y vicepresidente de la Nación, diputados y senadores nacionales), a los mecanismos, procedimientos y reglas de juego atinentes al proceso electoral, a su organización, fiscalización, control y resolución de sus conflictos, etc. (arts. 1° a 3°, 44, 52, 53, 61, 112, 120, 148 a 164 y conchs.), por lo que se infiere, consecuentemente y *mutatis mutandi*, que la competencia en materia electoral de este Tribunal —que reúne la que corresponde al juez electoral y a la junta electoral (conf. acordadas electorales 3/99, de fecha 23/3/1999, y 1/00, de fecha 21/1/2000, *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 977/983 y 2000, t. II, pp. 821/825, respectivamente)—, es la que se refiere al ejercicio de los derechos políticos en la conformación de los órganos de gobierno constitucionales locales, que se integra con la legislación propia en materia de sufragio activo de extranjeros (ley 334) y de regulación y financiamiento de campañas electorales (ley 268), amén de la que se le atribuye en relación a los instrumentos de democracia participativa contenidos en los arts. 63 a 67, CCBA, en su regulación expresa en las leyes 6, 40, 89 y 357.

4. Por otra parte, la demanda no solo involucra a las cuestiones “electorales” referidas a la designación de representantes barriales por ante el Instituto de Vivienda de la Ciudad, pues se refiere —y estimo que principalmente— a irregularidades en la gestión, administración y distribución de los recursos que, según se dice, corresponde que el organismo de mención provea al barrio de los actores, asunto que tampoco, sin lugar a dudas, es de competencia originaria de este Tribunal.

5. En razón de las consideraciones expresadas, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para conocer en esta causa, y devolverla al juzgado previniente.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier. Como bien señala, el objeto de la demanda es centralmente el control del ejercicio de la función administrativa por parte del GCBA. A su turno, el control del mecanismo de selección de particulares que coadyuvan con la administración —más precisamente, con el Instituto de la Vivienda— no está dentro de la competencia electoral asignada a este Tribunal Superior de Justicia.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con la solución propuesta en el voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

2. La pretensión que motiva el presente juicio excede largamente la competencia electoral asignada a este Tribunal por el art. 113, inc. 6°, CCBA. En el caso, un grupo de representantes vecinales del Barrio de Villa Soldati cuestio-

na la actuación del Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicita que se subsanen supuestas deficiencias en la gestión, administración y distribución de recursos asignados a la Villa 3 “Fátima”. En el marco de los apuntados reproches, los actores requieren medidas para convocar a elecciones para la integración de cargos en una Junta Vecinal que, aparentemente —la demanda no es clara sobre este aspecto, como lo destaca el señor juez de trámite en el punto 1 de su voto—, gestionaría recursos estatales (materiales y económicos) como una suerte de organización intermedia entre el IVC y los vecinos del lugar.

En estos términos, nos encontramos ante un conflicto trabado entre un grupo de vecinos y una autoridad administrativa que encuadra sin mayores dificultades en la categoría de “causa contencioso-administrativa” definida por el art. 2º, CCAyT local. Ello así, toda vez que la cuestión debatida se vincula, en definitiva, con la demanda habitacional y la forma de satisfacerla en el ámbito de la Ciudad y no con un proceso electoral *stricto sensu* para la integración de un órgano constitucional local, la gestación de alguno de los mecanismos de democracia semidirecta o la elección de autoridades o candidatos de un partido político del distrito —dicho ello a título simplemente ilustrativo.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto a cargo de la Fiscalía General (fs. 74/75), corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para conocer en el presente caso y devolver el expediente al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Me adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. En efecto, el asunto traído a consideración de este Tribunal refiere a cuestiones de índole administrativas ajenas a la competencia electoral regulada en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

Por ello, y de conformidad con la opinión del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* su incompetencia para conocer en esta causa y ordenar su devolución al Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 12.

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

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

XXXV

**“ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA
S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”****ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

Admisibilidad. Art. 59, inc. 3º de la ley 1287, art. 47 de la ley 12 y arts. 394 y 395 del CPPN. Acta de audiencia de juicio. Requisitos. Sustancialidad de los actos consignados. Lectura. Participación de los interesados. Versión completa del debate. Derecho a obtener revisión amplia de la sentencia de condena. Derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. Acceso a la información pública. Alcances de la declaración de inconstitucionalidad en los términos del inc. 2º del art. 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Control abstracto de constitucionalidad. Sentencias interpretativas y aditivas

Expte. nº 3881/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) promovió demanda de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 59, inc. 3º de la ley 1287, del art. 47 de la ley 12, y de los arts. 394 y 395 del CPPN a los que considera incorporados al régimen legal local en virtud de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 597 y por el art. 55 de la ley 1287.

La actora sostuvo que el art. 59, inc. 3º de la ley 1287, el art. 47 de la ley 12, y los arts. 394 y 395 del CPPN son inconstitucionales por cuanto establecen pautas acerca de lo que debe contener el acta de la audiencia de juicio; que impiden que ésta refleje cabalmente lo acontecido durante el transcurso de la audiencia de la que da cuenta y que afectan, en consecuencia, el derecho de todo acusado a obtener una revisión amplia de la sentencia condenatoria de primera instancia, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en un proceso público y el derecho a tener acceso a información públicamente relevante (conf. arts. 18, C.N., 8.1., 8.2.h, 8.5 y 13.2 de la CADH y 14.1. y 14.5. del PIDCP —fs. 22—). Invocó también la afectación al principio de “tutela judicial efectiva” previsto en los arts. 8.1 y 25 de la CADH (fs. 27) y al de imparcialidad judicial reconocido en el art. 8.1 de la mentada convención (fs. 32 vta.).

Asimismo, la Asociación de Derechos Civiles expresó que “una eventual declaración de inconstitucionalidad en el caso no debería producir ningún tipo de vacío legislativo que llevara a perturbar el correcto funcionamiento

de la justicia penal en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires”. Añadió que “nada impide al Tribunal Superior, en tal supuesto, resolver que la inconstitucionalidad de las normas en cuestión no importa su eliminación del ordenamiento jurídico, permitiendo así su aplicación por los tribunales ordinarios mediante una interpretación de aquellas que se ajuste a los principios elaborados en dicho pronunciamiento...”, y concluyó que “...en el supuesto de que se hiciera lugar a la presente acción, no habría obstáculo alguno en que el Tribunal Superior declare que las normas procesales impugnadas son constitucionales en tanto se les otorgue el alcance solicitado en esta acción” (fs. 35/36 vta.)

Por último, la ADC requirió (véase petitorio de fs. 32) que se resuelva la “inconstitucionalidad” y “pérdida de vigencia de las normas citadas con el alcance solicitado en la presente acción”.

2. A fs. 48 la actora acreditó —de acuerdo a lo ordenado por la mayoría del Tribunal a fs. 42/44— que la decisión de iniciar este juicio fue adoptada por la Junta Ejecutiva de la Asociación por los Derechos Civiles.

3. El Tribunal, en la resolución del 18/5/2005, declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada respecto de los arts. 47 y 59 del C.P.C. y 394 y 395 del CPPN, y corrió traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad (fs. 50/54).

4. El GCBA contestó a fs. 59/66 mediante la presentación formulada por su apoderada Dra. Virginia Ménendez. La representación legal de la accionada, juntamente con su letrada patrocinante Dra. Alejandra Tadei, propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta.

Por un lado, la Ciudad consideró que la pretensión de la actora es formalmente improcedente, en tanto importa que el Tribunal resuelva la inconstitucionalidad de las normas impugnadas sin eliminarlas del ordenamiento jurídico, y declare cómo deben ser interpretadas. Sostuvo también que una sentencia con esos alcances implicaría que el Tribunal actúe “como legislador positivo”, y violente las previsiones constitucionales que le atribuyen competencia.

Por otra parte, la Procuración afirmó que si el Tribunal declarara la pérdida de vigencia lisa y llana de las normas impugnadas “estaríamos frente a un vacío legal y frente a una paradójica situación en la que satisfacer el pedido comporta la eliminación de garantías que en el caso se procuran ampliar o profundizar” (fs. 62).

Finalmente, en otro orden de fundamentos, se señala en la contestación de fs. 59/69 vta. que la actora no logra establecer adecuadamente una “relación pertinente” entre los tratados y la jurisprudencia invocados y la normativa local objetada; que las disposiciones legales impugnadas responden “a los principios de oralidad e inmediatez que atribuyen al juez de mérito, plural o individual, un papel central en el proceso” y que “los contenidos específicos

que deben ser consignados en el acta de debate, la circunstancia que ella deba ser confeccionada y suscripta por el Secretario fedatario, bajo apercibimiento de nulidad, la intervención y facultades atribuidas a las partes para solicitar inclusiones o constancias puntuales y los recursos que dispone el procesado, constituyen un entramado que garantiza con eficacia sus derechos y los de todas las partes, en particular el ejercicio del derecho de defensa” (fs. 63 vta.).

5. El señor fiscal general adjunto dictaminó a fs. 68/69 que la acción intentada debía ser rechazada porque “la pretensión de la ADC está dirigida a que el TSJ dicte una sentencia interpretando a las normas impugnadas”, y ello excede de la competencia atribuida en los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 a 26, ley 402.

6. El nueve de noviembre de 2005 se celebró la audiencia del art. 6º de la ley 402, en la que las partes reiteraron sus planteos formulados en la causa. El señor fiscal general adjunto mantuvo, a su vez, la posición sustentada en su dictamen.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I.

La ADC pide la declaración de inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 59, inc. 3º de la ley 1287; 47 de la ley 12 y 394 y 395 del CPPN en el apartado 1 de la demanda.

En el apartado 4 (fs. 35) expresa que “no habría óbice alguno en resolver que, una vez efectuada tal declaración de inconstitucionalidad, las normas procesales en cuestión deberán ser interpretadas en sentido de reconocer a las partes el derecho de solicitar, por ejemplo, ... la grabación total o parcial de la audiencia o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos, en cuyo caso constará en el acta de disposición y la forma en que fue cumplida...”, y a fs. 36 vta, reitera que “...no habría obstáculo alguno en que el Tribunal Superior declare que las normas procesales impugnadas son constitucionales en tanto se les otorgue el alcance solicitado en esta acción”.

En el Petitorio (fs. 38) vuelve a solicitar que “se haga lugar a la presente acción, declarándose la inconstitucionalidad de los arts. 47 de la ley 12, 59, inc. 3º de la ley 1287 y 394/395 del CPPN”.

La sugerencia de la actora de que el Tribunal fije la interpretación constitucionalmente válida para las normas impugnadas, no es pertinente.

Si el Tribunal considera que una ley es inconstitucional debe dictar la sentencia correspondiente y notificar a la Legislatura. El art. 113, inc. 2º dispone: “...La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miem-

bros presentes”. El art. 24 de la ley 402 prescribe en igual sentido: “La norma cuestionada pierde su vigencia con la publicación de la sentencia que declare su inconstitucionalidad en el *Boletín Oficial* siempre que no se trate de una ley. Si se trata de una ley, el Tribunal Superior notifica la sentencia a la Legislatura a los efectos previstos por el art. 113 inc. 2º de la CCBA. Si dentro de los tres meses de notificada la Legislatura la sentencia declarativa, la ley no es ratificada por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, pierde su vigencia desde el momento de la publicación en el *Boletín Oficial* de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad”.

Para evitar las consecuencias que produciría una declaración de inconstitucionalidad la ADC intenta que se reconozca la procedencia de sus agravios y al mismo tiempo, que se preserve el plexo legal bajo condiciones que asegurarían las garantías del proceso. Es decir, la ADC quiere que el Tribunal actúe como “legislador positivo”.

El Tribunal *si resuelve* por vía del art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene facultades, únicamente, para actuar como “legislador negativo”. Puede declarar la constitucionalidad de una ley o invalidarla, pero carece de la habilitación que sugiere la actora, ya que de actuar de tal modo “...vendría a tornarse superfluo el reenvío constitucionalmente previsto, lo que impactaría negativamente en el modo en que el legislador constitucional ha previsto el ejercicio del control concentrado mediante un mecanismo equilibrado y repartido de competencias entre el Poder Judicial y Poder Legislativo”, como destaca el Gobierno de la Ciudad en su contestación (fs. 60 vta./61).

Las acciones del art. 113, inc. 2º, CCBA integran el modelo de democracia participativa (art. 1º, CCBA). Cualquier persona tiene derecho a perseguir la declaración de inconstitucional de una norma “de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad” y el Tribunal, en ejercicio de su competencia originaria y exclusiva, deberá resolver ese planteo. Pero, en resguardo del principio de división de poderes y del mecanismo constitucional del reenvío, como ya fue dicho, si la objeción está dirigida contra una ley y la sentencia es contraria a su validez, la CCBA impone la intervención de la Legislatura (art. 113, inc. 2º y ley 402).

La solución sustitutiva, propiciada por la ADC provocaría, insisto, los efectos, que ya destacara el juez Maier: “Es oportuno señalar, como lo ha hecho este Tribunal en diversos pronunciamientos (conf. mi voto *in re* ‘Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte. n° 2490/03, resolución de 9/6/2004, consid. 3; voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz *in re* ‘Barga, Lisandro Arturo y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte. n° 866/01, resolución del 26/12/2001, consid. 6, que la pretensión de la actora resulta paradójica. Desde la hermenéutica constitucional, esta paradoja se expresa en una incoherencia autorreferencial en tanto que, analizada desde la pretensión de la actora, su tacha de inconstitucionalidad de las normas en crisis redunda en un planteo autofrustrante”.

“Ello es así por cuanto, si prospera el planteo de inconstitucionalidad impulsado, la accionante verá frustrada su pretensión..., pues las normas impugnadas..., perderán vigencia” (expte. n° 2490/03, ‘Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’).”

Las razones expuestas permiten concluir en que no es viable declarar inconstitucionales las normas impugnadas y, simultáneamente, mantenerlas en el ordenamiento jurídico. Estas consideraciones son suficientes para desechár la sugerencia que la ADC incluye en el apartado 4 (fs 35) del escrito de inicio.

II.

a) Al declarar admisible la acción, el Tribunal precisó su objeto con remisión a las manifestaciones de la ADC en su demanda. Es oportuno, ahora, volver sobre el punto para mostrar cómo la supuesta inconstitucionalidad denunciada sólo podría evidenciarse en un caso y ser decidida por el juez y/o los jueces a quienes les cupiera decidir en ella.

La resolución del Tribunal fechada el 18/11/2005 recordó que la ley 597 aprobó el convenio suscripto el 7/12/2000 entre la Ciudad y el Gobierno nacional sobre “transferencia progresiva de competencias penales de la justicia nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Y que el Congreso de la Nación aprobó el citado convenio a través de la ley 25.752.

El punto I del Convenio dispuso que el procedimiento aplicable sería el establecido por la ley 12 de la Ciudad “hasta tanto se dicte las normas procesales de la Ciudad, con aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en aquella ley”, y el art. 55 de la ley 12 (incorporado por ley 1287) contiene una disposición coincidente.

En cuanto a las normas cuestionadas, el apartado tercero del art. 59 de la ley 12 (incorporado por ley 1287) —artículo que establece la forma del juicio público y de la sentencia— dice que “el acta de la audiencia solo tiene por misión describir históricamente los actos cumplidos y las personas que lo realizaron; no es necesario el relato abreviado del contenido de los actos de prueba, ni su omisión conduce a la nulidad del acta o del debate”.

El art. 47 de la ley 12 fija los requisitos del acta del juicio oral: “El acta de la audiencia contiene las partes sustanciales de la prueba diligenciada y de la intervención de las partes. La sentencia se dicta de inmediato”.

El art. 394 del CPPN dispone que el secretario levantará un acta del debate, bajo pena de nulidad. Indica en 7 apartados cuales son los datos que debe contener y agrega que “La falta o insuficiencia de estas enunciaciones no causa nulidad, salvo que ésta sea expresamente establecida por la ley”.

El art. 395 del CPPN indica: “Cuando en las causas de prueba complejas el Tribunal lo estimare conveniente, el secretario resumirá al final de cada

declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta. También podrá ordenarse la grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate”.

La actora afirma que las normas que impugna limitan el derecho del acusado a contar con una revisión amplia de su condena, y en un sentido más general afectan el derecho a una tutela judicial efectiva; que el derecho reconocido en los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP comprende tanto la posibilidad del tribunal revisor de examinar los planteos de derecho formulado por el recurrente, como también el examen de numerosas cuestiones probatorias, que exigen disponer de las constancias del juicio oral.

Agrega que, es imprescindible un registro que no se limite a una mera síntesis de lo ocurrido en la audiencia, y cuya existencia “no puede depender de la decisión discrecional del Tribunal de primer instancia”, a fin de determinar si la valoración de los hechos producidos en la audiencia resulta —como mínimo— arbitraria”.

b) La ADC en el apartado 2 (fs. 22 vta./24 vta.) de su presentación, transcribe íntegramente los arts. 47 de la ley 12; 59, inc. 3º de la ley 1287 y 394 y 395 del CPPN.

A continuación incorpora profusas menciones y transcripciones de doctrina, fragmentos de sentencias de la Corte Suprema de la Nación en los casos “Girolodi” (*Fallos*, 318:514), “Tabarez” (*Fallos*, 321:494), “Bucciarelli, Ana” (sentencia del 14/9/2000), “Romero Cacharane” (sentencia del 9/3/2004); referencias a la decisión de la CIDH en “Herrera Ulloa c/Costa Rica” (sentencia del 2/7/2004), y la mención de la sentencia del 21/11/2003 del Tribunal Superior Español en la causa “Silva García”, entre otros fallos, con lo cual agota, prácticamente, los fundamentos de la demanda.

A juicio de la ADC, con la lectura de estos antecedentes y su cotejo con las normas locales que denuncia, queda palmariamente demostrado que ellas violan diversos principios constitucionales. Sin embargo y a ese fin, las citas doctrinarias incluidas en la demanda no son suficientes (conf. mi voto en expte. n° 2490/03, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”).

La jurisprudencia nacional, extranjera e internacional que la actora incluye en la demanda remite siempre a decisiones dictadas en casos particulares. En ellas, como es propio del control difuso, las normas son escrutadas atendiendo a posiciones de partes adversas en un proceso específico, y el control remite a una situación o estado de cosas determinado, en relación con los cuales el juez o tribunal resuelve si un derecho se encuentra o no afectado.

El control de constitucionalidad abstracto, en el orden jurídico local, tiene una dimensión distinta: los jueces deben evaluar si una o varias normas infraconstitucionales se oponen a algún o algunos principios, derechos o garantías consagrados en la C.N. o en la CCBA (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA y art. 19, inc. b] y ley 402), con prescindencia de cualquier circunstancia particu-

lar que se hubiera invocado. En este supuesto, el Tribunal a través de un desarrollo argumentativo tendrá que fundamentar la congruencia o incongruencia entre textos (constitucionales e infraconstitucionales) sin apelar a hechos porque, en rigor, no son aspectos fácticos los que sostendrán su sentencia (expte. n° 2490/03 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”). Y quienes accionan deben acreditar que el mecanismo legalmente consagrado viola estándares constitucionales, para lo cual no es suficiente, con demostrar qué la opción que proponen es la mejor. En un proceso similar al de autos, el juez Maier advirtió: “La carga de los actores, en casos como estos, es pesada: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad...” (expte. n° 2490/03, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”).

En otros términos, no basta que la actora indique que el legislador pudo formular prescripciones y proveer medios más adecuados para efectivizar las garantías presuntamente afectadas, sino que debe “demostrar que los medios escogidos son irracionales con respecto a los fines permisibles y permitidos establecidos” (conf. el voto de mi colega Maier en el expediente citado). Este parámetro no ha sido satisfecho por la ADC en la causa traída a decisión, más allá del énfasis con que alude a la inadecuación de los preceptos legales con la C.N. y/o la CCBA.

La ADC, a lo largo de su demanda, no explica por qué la redacción de los artículos citados impide o prohíbe a la defensa reclamar la incorporación de manifestaciones o dichos que considera significativos. Hace eje, en su argumentación, en que una síntesis del debate importa la inconstitucionalidad del acta, sin detenerse a caracterizar a qué llama un acta completa, o en otros términos qué quiere decir cuando emplea esta expresión, que aparentemente no le genera dudas.

En ese marco denuncia el art. 47 de la ley 12 cuando “establece que el acta debe contener “...las partes sustanciales de la prueba diligenciada y de la intervención de las partes...”, porque no “otorga a las partes el derecho de hacer incluir en el acta aspectos de la prueba que no hayan sido incluidos por el Tribunal en dicha acta” (sic). Objeciones similares le merecen los arts. 394 y 395 del CPPN y el art. 59, inc. 3° de ley 1287, en cuanto dispone que la omisión del “...relato abreviado del contenido de los actos de prueba” no conduce “a la nulidad del acta o del debate”. A estar a su dichos, cabría entender que para ella una versión taquigráfica o un medio alternativo equivalente completo asegura *per se* ciertas garantías constitucionales.

c) El problema consiste en que el concepto de registro que utiliza la actora tiene un fuerte acento representacional, que sostiene su convicción de que con él se salvaguardan el derecho a recurrir, la revisión imparcial de una decisión judicial y el acceso a la información pública, todo lo cual supone la simplificación de una cuestión por demás compleja.

La ADC parece entender que un acta, esto es un registro escrito, bajo ciertas condiciones reproduce en su totalidad un acontecimiento o acto (v. gr., la audiencia de debate). El acta si fuera (si pudiera ser) completa reflejaría cuanto ha sucedido, expresaría todos los significados posibles de un acto. Más aún, a partir del punto de vista que adopta la accionante se desprendería que hay un único sentido fijo e inamovible, por lo que cualquiera tendría disponible un registro fiel e indubitable, y podría hacerlo valer a su favor.

La postura que defiende la ADC identifica texto con lectura, cuando en rigor no puede decirse que hay “un texto”, sino más bien que cualquier texto se multiplica a partir de las lecturas que de él se hagan.

El acta como texto está incluida en un proceso (producción de un discurso jurídico) del cual depende, en buena medida, el significado que pueda atribuírsele. Igual que cualquier registro, el acta recoge algunos costados de un acontecimiento, porque muchos otros no son registrables, o lo son apenas parcialmente, como el estado emocional de los intervinientes, el lenguaje del cuerpo, el tono y timbre de las voces, las pausas, los silencios, los balbuceos, las interjecciones, la semiótica del espacio (disposición del mobiliario, cuadros, banderas, bustos, colores, niveles), la circulación de las personas o sus miradas, etc, todo lo cual aún ausente define, provoca la selección de las normas aplicables y la interpretación que de ellas se haga en cada situación. Es más, aun cuando el acto sea grabado en video o filmado, esos registros apenas recogerán una porción de la totalidad de la escena.

Por otro lado, la decodificación del texto de una audiencia está atribuida a los operadores del derecho (jueces, abogados, juristas) y las expresiones y giros que ella contiene son los utilizados por la comunidad jurídica, lo que también trastoca su sentido, si se lo compara, por ejemplo, con la comprensión que podría tener del mismo registro una persona no entrenada en ese tipo de discurso. Eso hace que el acta más detallada y completa nunca sea la versión incontestable del debate, sino una versión contingente, precaria, opinable y sin garantía definitiva de verdad. Las creencias en su fidelidad incuestionable forman parte de las ficciones del derecho.

No se me escapa que las concepciones acerca de la interpretación de la ley más difundidas y aceptadas en el mundo jurídico, no se compadecen con los señalamientos que expongo en los párrafos anteriores. Ello podría llevar a más de uno a pensar que sustento una visión definitivamente escéptica respecto de la cuestión en tratamiento. Para despejar cualquier duda es imprescindible que subraye que no es mi intención restar valor o utilidad a las constancias escritas o a otros tipos de registro de un juicio, sino contribuir a desacralizarlos como “garantía” plena y definitiva del derecho de defensa, de la revisión amplia de la condena o del principio de imparcialidad judicial.

La mayor garantía que un acta o cualquier otro registro puede ofrecer dependerá de cómo actúen los intervinientes en el proceso, en particular la defensa, reclamando y exigiendo la constancia de todos los aspectos que con-

sideren relevantes, y los jueces ejerciendo en plenitud sus atribuciones. La expresión “partes sustanciales” del art. 47 de la ley 12, puede entenderse como aquellas cuya importancia es reconocida por quienes participan en el acto de que se trata. No hay forma de definir *a priori* qué es sustancial y qué no en una audiencia, ni hay quien tenga la atribución exclusiva de decidirlo en cada circunstancia. La defensa, la Fiscalía, el juez, el secretario, el imputado, todos participan (con acuerdos o discrepancias) en la construcción de esa “sustancialidad”, ya que cualquiera puede pedir que algo quede registrado, aunque a otro no le parezca “sustancial”.

La “sustancialidad” de los datos volcados, dependerá más de la responsabilidad y diligencia de todos los intervinientes en el acto que de la posibilidad de un registro “omnicomprensivo” pues, precisamente por ser escrito, el registro ya no es omnicomprensivo, aun cuando sea “literal”. Cuando, por ejemplo, el art. 394, última parte, prescribe que previo a ser firmada por los intervinientes, el acta se leerá a los interesados, instituye la posibilidad de participación de los interesados en la asignación de sentido al debate y esa lectura final del acta permite la inclusión de agregados o correcciones. Es decir, la lectura del acta es una instancia de integración y enmienda del registro, lo que no impide que esas correcciones también se efectúen a medida que el acta se va labrando.

Decir que el acta debe “representar fielmente” el debate, es en cierta forma, una apuesta al compromiso activo de aquellos que intervienen en el debate, con los preceptos y derechos fundamentales que la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad consagran. De manera que el acta será un “registro fiel y completo” —para usar las palabras de la ADC— en tanto quienes participen en esa producción colectiva desplieguen una actividad profesional competente, cada uno desde el lugar que tenga asignado en el proceso. El acta será una narración responsablemente elaborada por todos los que escuchan, dicen, cotejan, reclaman y exigen inclusiones, enmiendas, correcciones. Y si la actuación de cada uno de ellos fuera impedida u obstaculizada, en cada caso, los afectados cuentan con remedios legales —entre las que se cuentan justamente— las normas impugnadas por la ADC que tienen apoyo en el art. 18, C.N. y 13, CCBA y cuya versión de detalle se encuentra en el campo de las nulidades procesales, toda vez que la última parte del art. 394 del CPPN debe ser entendida en correlato con los arts. 2º e inc. 3º, art. 167 del mismo código. El sistema conformado por el art. 47 de la ley 12, el art. 59, inc. 3º de la ley 1287 y los arts. 394 y 395 del CPPN, incita y promueve la construcción pública, participativa y responsable del registro del juicio. Desde esta perspectiva que no opone síntesis a registro completo, ni sustancialidad a omisión de o prohibición a incorporar datos ausentes, la demanda debe ser rechazada.

El conjunto de razones que he desarrollado en esta segunda parte de mi voto dejan en claro que inconstitucionalidades como las denunciadas tienen

como presupuesto una causa determinada, cuestiones de hecho y prueba, actuaciones precisas de los sujetos procesales, y la resolución de un juez en ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

La participación democrática no se agota en el control abstracto de constitucionalidad. En particular la Constitución local consagra formas diversas para su realización efectiva, que no se agotan en la acción de inconstitucionalidad de su art. 113, inc. 2º, como lo demuestran las disposiciones de los arts. 61, 62, 64 5º, 67 Título III, CCBA. Ciudadanos y organizaciones sociales pueden orientar su acción mediante propuestas dirigidas a los órganos competentes destinadas a consagrar mecanismos legales cada vez más aptos para preservar los derechos y garantías constitucionales, a fin de que el sistema jurídico los recepte. Así se posibilitaría la confrontación de modelos y de distintas preferencias, evitando imponer, sin deliberación, alguna de ellas.

Mientras tanto, y en el ámbito jurisdiccional, queda abierto el camino para que normas que no han sido invalidadas por vía de la acción del art. 113, inc. 2º, CCBA, puedan serlo en un caso concreto, por jueces de instancias ordinarias o por el propio Tribunal a través de los remedios procesales ordinarios o extraordinarios y de las vías de impugnación propias del control de constitucionalidad difuso, ya que ambos sistemas de control coexisten en el orden jurídico de la Ciudad.

Por los argumentos expuestos voto por rechazar la demanda interpuesta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Como expresara en la audiencia pública la Procuradora General de la Ciudad, voy a invertir el orden lógico que sugiere el caso para tratar las cuestiones planteadas. Me ocuparé en primer lugar del problema que el propio actor ha denominado “de fondo” y, luego, ya casi sin sentido pero para responder a todas las cuestiones planteadas, de la posibilidad de esta acción conforme a su fin.

2. Una frase hoy demasiadas veces repetida por varias personas, pero casi nunca sopesada en su valor descriptivo, cuyo autor, aunque omita su nombre, vive y trabaja aún entre nosotros, explica que el peso de la llamada *cultura inquisitiva* es, en nuestro medio y, en general, en todo el ámbito hispanoamericano, enorme, de dimensiones casi incalculables, cultura que, al menos en el procedimiento penal, ilumina todo argumento y se desarrolla como justificante de diversos métodos y tomas de posición acerca de la manera de “hacer” justicia. Desde el lenguaje vulgar yo he preferido llamar a ese problema, en el sentido en el cual hoy se presenta en esta acción, *cultura del expediente* o, quizás con mayor aproximación entre lo científico y lo vulgar, *cultura del acta*, que se traduce en el aforismo en latín, *quod non est in acta non est in mundo*. Por supuesto, esta cultura no es nueva, tiene más de siete siglos, y representa un modo específico de administrar justicia y de organizarla. La *verticalidad* de la organización judicial —escasamente compatible con el prin-

cipio de independencia de los jueces, observado internamente— y la *delegación* de funciones en funcionarios de menor jerarquía como “hacedores” del procedimiento son dos características correspondientes, casi inseparables, que definen el sistema. Los llamados *recursos* fueron, en un procedimiento judicial, formas destinadas, precisamente, al control del delegado por el delegante, nacieron con esta ideología judicial a la par de la centralización política del Estado-nación moderno, al punto de que, aunque procedieran de oficio en múltiples ocasiones —necesidad del *exequatur* del superior jerárquico— se conocieron como recursos (la consulta, por ejemplo, muy conocida en la América hispánica aun durante el siglo xx), y no representaron, en principio, garantía alguna para el justiciable, sino, antes bien, un método de control del inferior por el superior para que no se apartara de sus mandatos en la solución del caso. El procedimiento *por actas* es el único modo de lograr la *par conditio* entre delegante y delegado, entre superior e inferior, respecto de aquellos elementos que representan el fundamento de la decisión, pues cuando todo consta en acta, según lo sugirió directamente el actor en la audiencia pública, tanto uno como otro se refieren en la decisión a un elemento idéntico. Un tercero puede, incluso, por referencia al mismo contenido, dirimir, en paridad de condiciones, cuál de las dos decisiones es la más aceptable o, aun, corregirlas. No otra cosa operaban el Consejo de Indias y la Casa de Contratación, organismos de la metrópoli, según su competencia, en la época de la colonia respecto de la decisiones de Indias, sobre todo de las reales audiencias aquí establecidas. Por supuesto, para poder cumplir su misión necesitaban el auxilio de la o las actas. Es notable cómo esto conduce a privilegiar la actuación del inferior, que levanta el acta o las actas, frente al superior, que sólo controla por ellas la decisión, algo muy representativo de la acción aquí incoada, pues parece tenerse mayor confianza en quien desarrolla el acta del debate, un funcionario de menor jerarquía —quien no hace otra cosa que interpretar el debate y sus actos, al igual que quien escribe en otro idioma o con otros signos, como el taquígrafo—, que aquella que ostentan los jueces que deciden. De tal manera, si el actuario entendió las palabras, el signo o la seña como afirmación, ello *será la verdad*, esto es, aquello que los jueces —tanto los de una como los de otra instancia— deberán expresar en sus sentencias, so pena de incurrir en una injusticia. Verdad es aquello que transmiten las actas, para lo cual el contacto directo con los medios de información, con las personas, carece de valor y por ello es que se prescinde de la audiencia: el juez que decide puede haber estado ausente en ella, más aún, puede no haber nacido aun cuando las actas que documentan el proceso de investigación se pergeñaban o, al menos, no haber sido juez en ese momento; basta con que lea las actas confeccionadas por otro.

Esto es, básicamente, según entendí, el meollo de esta acción. Se pretende que aquello que, en principio, fue un juicio público, con presencia de sus actores —o participantes— y del juez o los jueces que deben juzgar, que-

de convertido, a través del acta escrita de un funcionario de menor jerarquía —el actuario—, en un juicio registrado de modo que jueces que no lo han presenciado puedan controlar lo hecho, con una organización judicial plenamente vertical. Por eso se pretende, más allá del acierto o desacierto respecto de la competencia del Tribunal Superior de Justicia y sus facultades, que este Tribunal le haga decir a la ley (CPPN, 394 y conc.) algo que ella no dice, esto es, que el secretario debe ingresar en el acta del debate el contenido material de las versiones de quienes en él se pronuncian (testigos, peritos, intérpretes, acusado) y no tan sólo hacer constar, básicamente, el detalle histórico de lo sucedido en el debate. Por supuesto, de esta interpretación del actuario —como dijimos, un funcionario jerárquicamente inferior a los jueces que intervienen en el debate y, en ocasiones, unipersonal por oposición a la integración pluripersonal del tribunal de mérito, en quien los actores de este proceso confían más que en los superiores, incluso en número— dependerá el control posterior, con lo cual se habrá operado el cambio: de un juicio público y oral a otro registrado y reservado.

3. La carencia de imaginación que esta acción exhibe es tan grande que me permite desconfiar de su sentido y de mi comprensión de ella, toda referida, a mi juicio, al control de las condenas de primera instancia o, con más propiedad, a la *garantía del recurso para el condenado* prevista en la CCBA, 13, 3º, y en la C.N., 75, 22, a través de la CADH, nº 8, inc. 2.h, y del PIDCP, nº 14, inc. 5º. Por de pronto, si la demanda se refiere al procedimiento contravencional, la ley respectiva prevé un recurso amplio (art. 50), tan amplio como el recurrente desee interponerlo. Por supuesto, si el recurrente supone yerros de la sentencia referidos a los elementos históricos que ella utiliza, deberá ofrecer prueba para verificar esos yerros en el recurso y triunfar frente a la sentencia, lo que significará instar un nuevo debate ante el tribunal de mérito de segunda instancia, debate que provocará una nueva sentencia, coincidente con la anterior o sin coincidencia con ella (conf. mis votos *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, Mauricio Héctor s/art. s/infracción art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. nº 3943/05, sentencia del 29/6/2005 y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav.—apelación’”, expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005). Si, en cambio, como creo que es más plausible interpretar la demanda, ella se refiere tan sólo a las transferencias de competencias penales a la Ciudad (leyes locales 597 y 1287), debe aclararse que, a más de los recursos previstos en el art. 61 (numeración agregada a la ley 12), especialmente en su inc. c) y en su párr. II, el condenado cuenta con la reglamentación de los recursos del CPPN, aplicable supletoriamente a éstos (art. 55) que, aunque nadie parece empeñado en leerlo correctamente, contiene dos recursos contra la sentencia: uno básicamente

jurídico, en el sentido de una desviación de la ley penal aplicable o de una desviación del tribunal, con su comportamiento, respecto de la ley procesal aplicable, cuestión esta última también eminentemente de hecho; y otro únicamente de hecho, denominado recurso de revisión, que, más allá de su diseño errático, permite al tribunal competente para su estudio la revocación del fallo en caso de yerros de la sentencia respecto de los elementos históricos que ella utiliza y valora. Podrá tratarse de un error el exigir que la sentencia esté firme para admitir este último recurso, pero ello no constituye un fracaso total de la regulación de los recursos contra la sentencia, en el sentido de la garantía del condenado a impugnar la decisión.

4. Carece de sentido la impugnación referida al acta del debate con relación al principio de *imparcialidad* judicial. Como he dicho, la demanda parece confiar más en un intérprete de lo sucedido en el debate, con rango menor a los jueces que intervienen en él, esto es, en el taquígrafo o en el actuario, que en los propios magistrados y, a partir de esa desconfianza en los jueces y de esa confianza ilimitada en el intérprete o en los registros, pretende que un tribunal cuyos miembros no han visto ni oído el debate, pero que cuentan con una interpretación sobre su contenido aportada por un funcionario de menor jerarquía, está en mejores condiciones de decidir *imparcialmente* sobre la acusación. Tanto tiempo y esfuerzo costó cambiar las prácticas inquisitivas que España dejó en estas tierras —ello pese a la Constitución liberal de este país, cuyo modelo era el juicio público (C.N., 24, 75, inc. 12 y 118, numeración actual, pero texto histórico)— que uno se pregunta si no hubiera sido mejor dejar vigente el antiguo código de procedimientos en materia penal que aplicaban los tribunales nacionales y federales, ley que cumplía a la letra con la exigencia de los actores, ya que, al constar el procedimiento en actas de registro, resultaba clara la *par conditio* entre los jueces que dictaban sentencia en primera instancia y aquellos que decidían en segunda instancia. Francamente, la imparcialidad del juez que integra el tribunal de mérito no tiene vínculo alguno con esta cuestión y significa otra cosa, tan sólo *neutralidad* frente al caso, como correctamente acostumbra a decir uno de los actores en sus publicaciones académicas.

5. La utilización del principio de *publicidad*, en el sentido de que el proceso penal debe ser público, y del derecho a recibir informaciones sobre él merecen una respuesta similar a la anterior. Se estima que la interpretación de un taquígrafo o de un actuario sobre el contenido de las versiones introducidas al debate *son* la publicidad. Similar error me toca presenciar ahora en la Sala Juzgadora de la Legislatura referida al juicio político al señor Jefe de Gobierno. Si ello fuera así sería absolutamente claro que todo aquello que no está registrado no sería público, por ejemplo, la deliberación de los jueces o del juez unipersonal para obtener una sentencia (en este último caso, la situación provoca risa) y, sin embargo, todo aquello que deliberan es público a

través de la decisión escrita en la que consta la deliberación del juez o de los jueces, de la motivación de la sentencia. Precisamente esa sentencia toma estado público cuando se la lee en una audiencia a la que el público en general tiene la facultad de asistir. Exactamente lo mismo quiere significar *juicio público*: justicia se imparte en una audiencia a la que el público en general tiene la facultad de asistir y en la cual se incorpora aquellos medios y discusiones sobre la base de los cuales el tribunal de mérito va a deliberar y decidir. Esto es así en todo el universo, salvo en aquellas partes donde aún perdura la Inquisición.

La situación es paradigmática, sobre todo con respecto al derecho a recibir informaciones, porque el procedimiento registrado y registrado por escrito —cualquiera que sea el idioma de la escritura, incluso la taquigrafía— fundó históricamente el secreto de los procedimientos y continúa fundando (véase instrucción preparatoria de los diversos códigos en uso) la reserva del procedimiento, tal como sucedía en la antigua Inquisición que reemplazó al juicio público de los pueblos antiguos, sobre la base del cual ellos impartían justicia (véase FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2001, 8ª reimp., tercera conferencia, pp. 61 y ss.). El derecho a recibir información sobre el procedimiento como garantía procesal significa otra cosa, sobre la cual tampoco vale la pena abundar: impone una actuación *leal* del órgano estatal de la acusación respecto de la defensa o de las partes entre sí que, si es transgredido mediante ocultación de algún elemento a utilizar o a dejar de utilizar en el juicio, provoca un yerro grave para el procedimiento de persecución penal y autoriza la impugnación del fallo.

6. Como lo anticipé al comienzo, me ocuparé también de la segunda cuestión planteada por la parte actora, aunque a tenor de lo hasta aquí expuesto ello carezca de virtualidad para conmover el sentido de mi voto. Si lo he comprendido correctamente, este nuevo planteo de la ADC puede caracterizarse del modo que sigue: *a)* el argumento reviste carácter accesorio, subsidiario o por defecto, y se sintetiza en una propuesta genérica que pretende mitigar las consecuencias de la eventual declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas; *b)* la propuesta supone la potestad del Tribunal para decidir el efecto (en sentido amplio) de la declaración de inconstitucionalidad, que tanto puede ser la eliminación de la norma impugnada del ordenamiento jurídico, cuanto su preservación parcial, lo que implica aceptar la idea de que la inconstitucionalidad de una norma es una cuestión de grado (conf. fs. 35 vta.); *c)* por último, el actor procura robustecer este argumento subsidiario y, a mi entender, sólo distinto del primero en términos de su formulación, mas no de sus efectos, al sustentarlo en doctrina y jurisprudencia europeas respecto de las modalidades del control de constitucionalidad; esta exploración del derecho y las prácticas constitucionales comparadas deriva, por su parte, en el tema de las *sentencias interpretativas*, que abordaré más adelante.

En el punto 4 de su demanda, el actor sugiere sin ambages que, en caso de prosperar su “pretensión de fondo” y ante la consecuente declaración de inconstitucionalidad de las normas en crisis, no debería producirse necesariamente vacío legislativo alguno: “En efecto nada impediría al Tribunal Superior, en tal supuesto, resolver que la inconstitucionalidad de las normas en cuestión no importa su eliminación del ordenamiento jurídico, permitiendo así su aplicación por los tribunales ordinarios mediante una interpretación de aquellas que se ajuste a los principios elaborados en dicho pronunciamiento” (fs. 35). En suma, después de solicitar en incontables oportunidades la declaración de “inconstitucionalidad y *pérdida de vigencia*” de las normas criticadas, la ADC decide un giro argumental que, por las razones que expondré, resulta cuando menos confuso, y quizás abiertamente falaz. Así, el actor dedica enteramente el compacto punto 4 de su escrito a articular una pretensión que conlleva sostener el planteo de inconstitucionalidad mas no el de pérdida de vigencia de la norma impugnada. Concretamente, él sugiere que, de acogerse el planteo de inconstitucionalidad, las normas así declaradas podrían subsistir dentro del ordenamiento jurídico, de modo de permitir su aplicación por los tribunales ordinarios merced a una interpretación de aquellas que se ajustara a los principios que elaboraría en su sentencia el TSJ y que vincularían, en el futuro, a los tribunales ordinarios.

En este punto estimo necesario exponer sucintamente qué entiendo yo por *sentencias interpretativas* del tipo alentado por la ADC en esta acción (no pierdo de vista que el único antecedente de estos pronunciamientos que menciona el actor es mi voto en la causa “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2535/03, resolución del 15/7/2004, consids. 5, 8 y sus citas; conf. fs. 35/36 vta.). Para facilitar la inspección del tema, aceptaré la distinción propuesta por la ADC entre “precepto” y “norma”: el primero alude al enunciado literal del mandato que impone y, como normalmente éste es susceptible de interpretaciones diversas, cada formulación que exprese una de sus interpretaciones posibles se entenderá como un “mandato potencial” o “norma *strictu sensu*” (conf. fs. 35 vta.). Yo he admitido la plausibilidad y utilidad de cierto tipo de sentencias interpretativas: se trata de aquellas que reconocen la constitucionalidad de un precepto impugnado merced a un ejercicio hermenéutico que lo reformula en términos de una norma (un mandato potencial contenido en el precepto y elegido, más que descubierto, por la aplicación de aquellos criterios interpretativos privilegiados por el intérprete). Esto es, al advertir que un precepto *P*: a) resulta *prima facie* contrario al contenido de una o más disposiciones de rango constitucional; b) no obstante lo cual resulta evidente que aquél tutela satisfactoriamente un bien, o un valor; c) es lícito examinar si el precepto en cuestión puede reformularse verosímilmente a través de un enunciado que cancele su contradicción presunta con aquello dispuesto por la o las disposiciones constitucionales comprometidas. Presentes estas tres condiciones, como esti-

mé en el caso citado *supra*, me he ocupado de examinar si cabía la posibilidad estricta y objetiva de establecer un universo limitado de interpretaciones (digamos, las interpretaciones a], b], c] y d], establecidas en orden lexicográfico —cuatro normas potenciales frente a un precepto que puede ser entendido de modos diversos). En este marco, las interpretaciones a] y b] responden a criterios hermenéuticos que toman en cuenta, fundamentalmente, la literalidad del precepto y la intención de quien lo formuló y, desde ese punto de vista (el modelo tradicional) se consideran las normas más “fieles” al sentido de la disposición que enuncian o reformulan.

Sin embargo, enfrentamos el siguiente problema: una sentencia sustentada en las interpretaciones a] o b] conllevaría la declaración de inconstitucionalidad del precepto (que, como ya se dijo, tutela un bien, o asegura un fin valioso), con la consecuencia ineludible de su expulsión del orden jurídico. En la inteligencia de que la interpretación ‘d’ sólo preservaría la norma a través de un ejercicio indebido (por extralimitación) del órgano jurisdiccional (p. ej., si implicara para el magistrado asumir potestades invasivas de otro poder, que habilitaran su caracterización en el caso como *legislador positivo*), yo examinaría finalmente cuán plausible resulta la interpretación c), que —supongamos— no genera el riesgo anterior y constituye, dentro del universo limitado de interpretaciones del precepto, por cierto no “la más elegible”, según el pensamiento de aquellos que sólo admiten, aún en casos difíciles, una única respuesta correcta (la expresada en a], probablemente), pero ciertamente sí una de las interpretaciones elegibles (*posibles y plausibles*); y la elegiría, a fin de preservar el valor que tutela, al evitar su declaración de inconstitucionalidad. Éstas son las llamadas “sentencias interpretativas *in di riggeto*”, esto es, aquellas que admiten, dentro del universo *objetivo* de la elegibilidad hermenéutica, la constitucionalidad de la disposición impugnada en un caso específico, en tanto ésta se interpreta en una forma acorde con el texto constitucional, lo cual debe ser explicitado convincentemente en el pronunciamiento. De hecho, mi voto en la causa a la que ya he hecho referencia trasuntó mi aceptación —circumspecta— de las sentencias interpretativas *in di riggeto* y su puesta en ejercicio.

Distinto es el caso de las sentencias interpretativas que se manifiestan a través de recomendaciones (o encargos al legislador); esto es, pronunciamientos que oscilan desde simples consejos hasta fórmulas más concretas, en que el tribunal expresa exhortaciones al Legislativo sobre un concreto desarrollo ulterior de la norma, que estima relevante o imprescindible. Por último, las llamadas “sentencias aditivas” son, en rigor, aquellas decisiones que implican la *creación de normas sustitutivas* y tienen, especialmente en algunos Tribunales Constitucionales de Europa, más relevancia en el control de las omisiones inconstitucionales. Una variante más sutil del tipo anterior y que, aunque acogidas por ciertos tribunales constitucionales europeos, yo no acepto, son aquellas conocidas como “de acoglimiento”. Éstas pueden entender-

se, de manera sencilla, como las que amplían, sin sustento hermenéutico objetivo (posible y plausible), el marco de interpretaciones elegibles de una norma impugnada a fin de preservar —en el mejor de los casos— el fin valioso, o la tutela del bien que deparan, pero que han dejado ya de ser reconocibles en términos de su significado. En mi ejemplo anterior, estas sentencias representarían el acogimiento de la interpretación d], o incluso de “interpretaciones” e], f], g] y así siguiendo, esto es, enunciados de supuesta extracción de sentido normativo, pero que ya no pueden conectarse de manera aceptable o inteligible con la disposición puesta en crisis. Por lo demás, aunque tutelen un bien o persigan un fin valioso, va de suyo que no es admisible excepcionar, en nombre de dicho valor, la supremacía constitucional (sobre estas cuatro modalidades, ver el texto de CERRI, Augusto: *Corso di giustizia costituzionale*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 2001, pp. 230 y ss.).

7. La acción sobre la que debe pronunciarse el Tribunal no alienta el dictado de una sentencia interpretativa *in di riggeto* (la modalidad que, ante la concurrencia de los extremos antes establecidos, yo admito), sino una sentencia aditiva que, como ya lo he indicado, implica la *creación* por vía pretoriana de una norma que viene a *sostituire* el precepto interpretado —en este caso, para formular mandatos que comportan enunciados desde contradictorios con, hasta contrarios al sentido original de los preceptos en crisis, si nos valemos de pautas de interpretación relativamente simples, como la literalidad o la intención—. Para apreciar este equívoco en la demanda interpuesta por la ADC, es conveniente contrastar la conceptualización que el actor ofrece de las sentencias interpretativas a las que apela como materia de su argumento subsidiario y los ejemplos que brinda, precisamente a propósito de las normas procesales penales que pretende impugnar. Así, el actor toma de los *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigida por Oscar Alzaga Villamil, el siguiente concepto: las sentencias interpretativas “...son aquellas en las cuales la inconstitucionalidad apreciada por el Tribunal Constitucional no afecta al precepto en su totalidad *sino tan sólo a algunos de los sentidos o interpretaciones en que es posible entenderlo* (...). [C]ada enunciado contiene tantas ‘normas’, esto es, mandatos potenciales, como interpretaciones quepa hacer de su letra *con lo cual es perfectamente entendible que uno de esos sentidos sean constitucionales y otros en cambio no* (...). La ley, en definitiva, es parcialmente inconstitucional, pero precisamente por eso no hay por qué anularla, ya que basta con operar dentro de sus sentidos para que el problema quede resuelto” (conf. fs. 35 vta.; en la cita no se especifica el carácter original o suplementado del énfasis). Sin embargo, los ejemplos de “normas” (interpretativas de “preceptos”) que ofrece la parte actora revelan la extralimitación en que incurriría el Tribunal si los acogiera como contenidos elegibles de los preceptos impugnados (que sólo sustituirían aquellos que el intérprete estimara conveniente desplazar). Así, el art. 59 de la ley 1287 (una de las normas impugnadas) establece: “El acta de la audiencia sólo tiene por

misión describir históricamente los actos cumplidos y las personas que los realizaron; no es necesario el relato abreviado del contenido de los actos de prueba, ni su omisión conduce a la nulidad del acta o del debate” (inc. 3º). De acuerdo con el actor, una vez declarada la inconstitucionalidad de la norma procesal transcripta parcialmente, ésta deberá ser interpretada “en el sentido de reconocer a las partes el derecho de solicitar, por ejemplo, ‘...la grabación total o parcial de la audiencia o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos, en cuyo caso constatará en el acta la disposición y la forma en que fue cumplida’ [se omite nota a pie de página] o, directamente, *la obligación de registrar en su totalidad la audiencia* [se omite nota a pie de página], eliminándose así la inconstitucional facultad discrecional de los jueces de hacer lugar o no a tal pedido” (fs. 35). Considero que un intérprete simplemente razonable no podrá enunciar, verídicamente, que los enunciados propuestos por la parte actora son interpretaciones elegibles (posibles y plausibles) del art. 59, inc. 3º, de la ley 1287; por lo contrario, las “normas” propuestas implican la sustitución de tal precepto por mandatos que cancelan y contrarían su sentido, y lo reemplazan por una directiva contradictoria, cuando no plenamente contraria, a aquello que enuncia. Más aún: sin parecer advertir que su argumento subsidiario colapsará tan pronto se admita lo que sigue, la parte actora reconoce expresamente que “tal interpretación ‘armonizante’ no sería posible respecto del art. 59 de la ley 1287 ya que, en forma textual, establece que no resulta necesario la inclusión de una versión completa del debate” (conf. fs. 35, nota 13), tras lo cual procura profundizar la noción de sentencias interpretativas conforme a los desarrollos de la doctrina italiana, para lo cual pasa a exponer con cierta amplitud acerca de las sentencias que, admite ahora, tampoco con ambages, son “creativas”; más abiertamente, se trata de “sentencias que manipulan las normas” (fs. 35 vta.).

Para concluir, reitero que mi aceptación de las sentencias interpretativas —con lo que creo ser sensible a la tradición del control abstracto europeo, contexto que aporta elementos históricos cruciales para interpretar la acción declarativa de inconstitucionalidad— debe entenderse con los alcances expuestos en el punto anterior de mi voto: la sentencia debe ofrecer una genuina interpretación de la norma puesta en crisis, un significado que aún pueda conectarse verosímilmente con su enunciado. Sólo acotada por estos límites el Tribunal puede atribuir significados normativos y modular, como propone subsidiariamente en este caso la actora, los efectos de la nulidad, de acuerdo con las circunstancias del caso. Las opciones restringidas a una valoración dicotómica —inconstitucionalidad con nulidad automática / constitucionalidad— resultan demasiado toscas para resolver la variedad de casos a los que se enfrenta el control abstracto. Para ilustrar lo expuesto con aquello que propuse en el voto citado por la ADC respecto de las sentencias interpretativas, en tanto una de mis colegas, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, se pronunció por el reenvío, yo decidí trazar lo que llamé “un leve matiz” y dispuse que fuera la

Legislatura, no el TSJ, el órgano que tuviera la primera palabra en punto a qué alcance darle a la declaración de inconstitucionalidad decidida sobre la norma en cuestión en esa controversia. En cualquier caso, hay un matiz distinto en la pretensión de la ADC en esta acción declarativa: la actora no pretende la modulación negativa de los efectos de la inconstitucionalidad —deferimiento temporal, espacial, personal, etc., que es aquello que decidí en el caso anterior—, sino la concesión de efectos aditivos —que se agregue un contenido normativo que no está expresamente previsto en la norma o, en algunos supuestos, que la norma se sustituya por una creación pretoriana—. En definitiva, la segunda cuestión planteada en la demanda no es suficientemente clara ni consistente en cuanto a los efectos pretendidos: no obstante el profuso desarrollo del tema de las sentencias interpretativas a fin de sugerir que, de acogerse el planteo de inconstitucionalidad, las normas alcanzadas por dicha declaración no deberían ser expulsadas del ordenamiento jurídico, lo cierto es que tal efecto es el núcleo de la demanda y sobre él se insiste antes y después del punto 4, que expone lo que he venido llamando “la propuesta subsidiaria”.

En tal sentido, y en primer término, comparto la perplejidad manifestada por la Procuradora General de la Ciudad en la audiencia. Ella enunció, al inicio de su participación, que no comprendía la pretensión de la ADC: ¿se procura eliminar las normas impugnadas o (re)interpretarlas? ¿Con qué alcance y fundamentos? En segundo lugar, resulta claro que, a la segunda cuestión planteada por el actor, subyace la pretensión de lograr un pronunciamiento que sustituya la voluntad del legislador. La referencia a mi voto en el expte. n° 2535/03 como antecedente del caso actual comporta un yerro en la demanda: en aquel caso yo proponía una sentencia que *limitaba* las atribuciones del Tribunal en reconocimiento de las de la Legislatura. Así como no fue necesario examinar tal cuestión para admitir formalmente esta acción, a los efectos de decidir el problema de fondo resulta suficiente ahora responder a los presentantes que el alcance que le han dado al derecho al recurso no se desprende de la normativa que lo reglamenta.

Por las razones expuestas, y de conformidad con aquello dispuesto por la señora jueza de trámite, así como con el dictamen del fiscal general, voto por rechazar la demanda.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. El planteo de la demanda

I. La parte actora sostiene que las normas impugnadas vulneran el art. 18, C.N. y diversas cláusulas de los tratados internacionales que invoca (véase fs. 22). Ello sería así, porque la operatividad de lo que ese bloque constitucional garantiza dependería necesariamente del registro de todo lo ocurrido en la audiencia de juicio oral, lo que implica, a su turno, que debe serle reconocido a todo acusado el derecho a contar con uno fiel y completo —por

momentos se contenta con que sea amplio—, ya que lo contrario supone privarlo de aquellos derechos expresamente garantizados. Así, tal registro posibilitaría una revisión de la sentencia acorde con las exigencias constitucionales, mientras que, ausente éste, quedaría reducida al control de aquello que el juez controlado decidió, con poder discrecional, incluir en el acta. En el mismo orden de ideas, señala que el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial aparecería vulnerado por cuanto quien decide cuáles son las partes de la audiencia incorporadas al acta es aquel que dicta la sentencia sujeta a un control cuya extensión dependerá, según entiende la accionante, del contenido del acta o registro del juicio. Finalmente, sólo un registro levantado en las condiciones requeridas permite que toda persona pueda conocer el proceso, por lo que la normativa cuestionada lesionaría el acceso a la información pública.

A la luz de estas consideraciones, concluye que aunque el art. 47 de la ley 12 establece que el acta debe contener las partes sustanciales de la prueba diligenciada y de la intervención de las partes, no les otorga a ellas el derecho de hacer incluir en el acta aspectos de la prueba que no hayan sido aceptados por el tribunal. Iguales reparos le merecen las demás normas impugnadas.

Finalmente, la demandante postula que una vez efectuada la declaración de inconstitucionalidad, no habría óbice para que el tribunal dispusiera que las normas procesales en cuestión deberán ser interpretadas en el sentido de reconocer a las partes el derecho a solicitar, por ejemplo, la grabación total o parcial de la audiencia o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos, en cuyo caso constará en el acta la disposición y la forma en que fue cumplida o, directamente, la obligación de registrar en su totalidad la audiencia, eliminándose así la facultad inconstitucional —por discrecional— de los jueces de hacer lugar o no a tal pedido (fs. 35). Entre las soluciones propiciadas se incluyen supuestos de registro completo y parcial pero suficiente que, a criterio de la actora, representarían opciones constitucionalmente válidas.

II. Algunas diferencias entre el control constitucional europeo —en la formulación de Italia y España— y nuestra acción declarativa de inconstitucionalidad

1. Los tribunales constitucionales de España e Italia ejercen su ministerio mediante dos cauces procesales. Uno, destinado a que órganos políticos, taxativamente legitimados, impugnen la validez constitucional de determinadas normas (recurso de inconstitucionalidad y acción de inconstitucionalidad respectivamente). Estos supuestos son, en realidad, poco numerosos. En Italia, la acción se limita a demandas impulsadas por las regiones contra leyes estatales o, a la inversa, por el estado contra normas locales que invaden sus atribuciones. En España, existe un plazo de caducidad de tres meses para que los legitimados articulen el recurso de inconstitucionalidad. Al igual que el

que ejerce este Tribunal en la ADI, ese control abstracto viene instado por quien no está llamado a interpretar la ley en controversias justiciables; pero, se asemeja a un veto con fundamento constitucional, es decir, tiene inspiración de autoridad política y sobreviene, como principio, poco después de que la norma entra en vigor y antes de que se desarrolle jurisprudencia a su respecto. El otro cauce procesal que instrumenta el control constitucional es la denominada “cuestión constitucional” (en España) o “excepción de inconstitucionalidad” (en Italia). Esta cuestión es elevada al Tribunal Constitucional por el juez ordinario cuando duda de la constitucionalidad de la ley de cuya aplicación depende la decisión del pleito. Aquí, el promotor de la jurisdicción constitucional es el encargado de aplicar la norma a situaciones jurídicas concretas, y quien, además, suministra al Tribunal Constitucional la interpretación de aquella por cuya validez constitucional consulta. A su vez, ese juez debe certificar ante el Tribunal Constitucional que la validez de la ley es asunto relevante para la solución del caso concreto, determinación que necesariamente parte de adoptar una interpretación de esa ley, aunque quizás no estrictamente la definitiva. Brevemente dicho, si no presume que la ley contempla el caso, no debe elevar el asunto al Tribunal Constitucional. Esta interpretación proviene, a diferencia de la anterior, de un órgano que es competente precisamente para interpretarla. Esto lo distingue del Tribunal Constitucional, al que, como principio, está vedado hacerlo, aun cuando el desarrollo de la competencia de interpretar la constitución, a propósito de la validez de las leyes, lo ha llevado a pronunciarse asumiendo que su decisión comprende ciertas interpretaciones posibles, mientras que excluye a otras, y puede aún llegar al límite de afirmar cuál es la única posible a la luz del texto constitucional. Toda cuestión de inconstitucionalidad confronta una ley con la constitución, y ello supone necesariamente hacerlo en una interpretación o quizás en interpretaciones alternativas; pero, no asumiendo la viabilidad de interpretaciones acordes e interpretaciones discordantes, pues optar en tal disyuntiva sería tarea del juez de mérito, a cuyo fin no requeriría, o mejor, no podría requerir, acompañamiento del tribunal constitucional, sino que debería hacerlo, obviamente, dentro del campo de las acordes. Por lo dicho, en el caso de Italia y España, la interpretación confrontada proviene siempre de una autoridad, y más frecuentemente de aquella que la aplica en el litigio. Contrariamente, en la ADI, el reclamo, y con ello la interpretación, proviene de una persona que no está llamada a aplicar la ley sino a verla aplicar y, eventualmente, a sufrirla. De ahí que sea comprensible el cuestionamiento del sentido posible, y por ello temido, de los textos. Por otro lado, en Europa, no existe un control difuso que permita revisar la validez en relación con una situación concreta sobre la cual el impacto de la ley, o el de su aplicación, suscite cuestionamientos ausentes en otros supuestos más frecuentes. Ciertamente es que, en el sistema europeo, tras la consulta desestimada, otras podrían reflotar el asunto, pero la solución deberá ser siempre general, es decir, no admite solu-

ciones que atiendan particularidades del caso y los derechos subjetivos arriesgados en él. Tampoco tiene el juez constitucional, en Europa, según fue dicho, la misión de interpretar la ley. En cambio, si bien no constituye la ADI el marco apropiado para llamar a este tribunal a interpretar las leyes u otras normas impugnables, no hay regla constitucional o legal que le impida ejercer la tarea interpretativa cuando así se justifique para resolver en el proceso regulado por el art. 113, inc. 2°, CCBA.

Así las cosas, la demanda de la actora, improbable en el sistema europeo, plantea un debate susceptible de ser propuesto en el marco del proceso aquí articulado. Ello así, por cuanto no se pide al Tribunal que interprete la ley —objeto *per se* ajeno a la ADI— sino que, más allá de su acierto o error, el actor propone un debate constitucional en torno a lo que estima una interpretación previsible de la normativa cuestionada. En otras palabras, las objeciones constitucionales en la ADI deben partir de una interpretación vigente, previsible o esperable de la norma impugnada y no de aquella remota o improbable que pudiera imaginar el accionante. Desde tal perspectiva, corresponde examinar los planteos formulados y las consecuencias del pronunciamiento final, a fin de posibilitar que el conflicto quede canalizado por la vía más provechosa para el orden jurídico y los derechos de las personas.

III. *Acerca de los registros*

1. La actora sostiene que la Constitución Nacional y los pactos internacionales vigentes imponen llevar un registro fiel y completo de lo ocurrido en los procesos penales y contravencionales a cuyo trámite resultan aplicables las normas cuestionadas. La grabación de voz, la filmación y la versión taquigráfica satisfarían la exigencia, mientras que sería insuficiente el acta que se limitara a cumplir con lo previsto en esas normas.

Ciertamente, no hay registro que sea absolutamente completo y absolutamente fiel. Buscarlo, al menos en la etapa actual de la tecnología, sería tan vano como lo fue para la madre de Aquiles intentar que el remoión lo hiciera invulnerable. El voto de la señora jueza Alicia Ruiz lo expone de manera clara y convincente. La plenitud y objetividad, absolutas, de los registros aparecen, pues, como un ideal inalcanzable. Podemos, empero, y veo en ello razón a los letrados de la ADC, ordenar diversos tipos de registro, según la proximidad que guarden respecto de aquel ideal. Las filmaciones, los registros de voz y los taquigráficos, aun cuando pueden contener distorsiones, fallas o errores, se aproximan bastante a ser completos. A su turno, la subjetividad que pueden imponer quien escoge el ángulo de la cámara o del grabador de voz, de un lado, o el taquígrafo al fijar los signos de puntuación, de otro, permiten una manipulación menos precisa del registro y, por tanto, menor peligro de parcialidad. Esa subjetividad proviene, o viene manejada, probablemente, por un puro técnico, quien no tiene participación en el proceso. La subjetividad del acta, en cambio, es necesariamente conducida por quien diri-

ge el proceso, y entonces, bien o mal, en relación al resultado. Así, probablemente buena parte de las versiones filmadas sean más completas y fieles que la mayor parte de las grabaciones de voz, quizás éstas preferibles a las versiones taquigráficas y, finalmente, todas a las actas previstas en las leyes procesales cuestionadas como constancia mínima, aunque no excluyente de otras. Incidirá en ello la calidad de cada uno de estos registros: voces superpuestas pueden hacer que una grabación de voz esté más alejada del propósito perseguido que la versión taquigráfica o el acta, pero lo natural es que aquella sea preferible a esta última; y, en todo caso, no tiene por qué ser una excluyente de la otra.

2. Es innegable, empero, que buena parte del material informativo que se reúne en un proceso termina durmiendo el apacible sueño de los justos, nadie lo emplea. Solamente una parte de ese material es relevante, aunque establecer cuáles elementos lo son no es tarea en la que sea siempre fácil coincidir. Unas veces lo será, otras no. Pero, en la mayoría de los casos, habrá coincidencia acerca de que algunos elementos son relevantes y, asimismo, acerca de que otros no lo son. Ello nos lleva naturalmente a la posibilidad de reconstruir un conjunto que sume los elementos que cada uno de los protagonistas del proceso estime relevantes: los que así vean las partes y los que presuma el juez que empleará.

Cierto es que establecer, antes de la sentencia, qué debe reunir este conjunto puede ser tarea difícil; siempre es posible imaginar un supuesto en el cual el juez o una de las partes extraiga, a partir de uno de los elementos, una conclusión que, por imprevista, haya llevado a desechar otro elemento que podría haberla contrarrestado. Una actitud previsoramente reducirá esta hipótesis al ámbito académico.

3. Cuando se elabora el acta prevista en las normas cuestionadas, el juez necesariamente, y las partes si lo estiman pertinente, pueden establecer cuáles son los elementos de que habrán, según suponen, de valerse ulteriormente. Los textos observados permiten, y hasta inducen, a una interpretación que posibilite incluir en el acta respectiva la sumatoria de lo que cada protagonista estima razonablemente relevante. No hay razones para suponer una interpretación contraria, pero si las hubiera, el desarrollo de la acta impondría armonizar esas normas con la CCBA.

Cierto es también que hay hechos sumamente complejos, así como los hay muy simples. Para los primeros, tienen los protagonistas un remedio a la medida del reclamo de la demanda: el art. 395, CPPN, supletoriamente aplicable tanto al proceso penal como al contravencional, prevé la posibilidad de implementar la “grabación o la versión taquigráfica, total o parcial del debate” mientras que el art. 47 de la ley 12 no lo veda.

A partir de ello, la registración de lo relevante es responsabilidad de las partes. Así lo observé *in re* “Montero Montero” al explicitar el derecho y la

carga que pesa sobre la defensa en relación con el registro de la audiencia, pues si bien “[d]urante los alegatos de la audiencia de debate, el Defensor Oficial dejó constancia de que el testimonio de la Sra. Benitez no había sido transcripto y que ello afectaba el derecho de defensa de Montero Montero empero, no consignó cuál era la información omitida (...)” como para permitir, por un lado, al juez decidir si debía incluir un punto determinado y, por el otro, a la alzada analizar el agravio contra la sentencia (conf. “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero Montero, María Nela s/infracc. art. 71 —apelación’”, expte. n° 3739, resolución del 11/3/2005).

Estimo relevante formular una observación final. La insuficiencia de los registros puede perjudicar por igual a defensa y acusación; o lo que es lo mismo, puede beneficiar a la defensa tanto como perjudicarla. Es decir, no puede verse en ello un obstáculo erigido contra la defensa.

IV. Elementos cuyo registro prevén las normas cuestionadas

1. Partiendo de las normas tal como vienen interpretadas por la actora, el déficit de las actas no conlleva su nulidad. No parece que esta solución, por sí misma, contraría ninguna de las garantías invocadas; ni que esté diseñada para reducir las a una mínima expresión. Ello no significa que los defectos carezcan de consecuencias. Ciertamente, pueden tenerlas, puesto que las garantías cuya vulneración se debate son aplicables a esos casos y proyectarán sobre su solución consecuencias acordes con el alcance de cada una de ellas.

El contenido de las actas está previsto para juicios orales, entre cuyos valores es sencillo advertir la agilidad y la presencia obligada del o los jueces, características que justifican, aunque no imponen, que el contenido de las actas se circunscriba a lo relevante. Sin embargo, el art. 395 del CPPN prevé la hipótesis de un registro más pleno, bajo la forma de versión taquigráfica o de grabación —que podría ser de sonido o de audiovisión, sin violentar el texto—. No aparecen en el debate razones para suponer que las partes tienen vedado requerir estas medidas, o que los jueces se niegan sistemática e infundadamente a acordarlas. Por el contrario, las partes están dotadas de herramientas procesales aptas para obtener la grabación, la versión taquigráfica, o para asegurar que los elementos relevantes queden adecuadamente fijados en condiciones que posibiliten su evaluación tanto por quien juzgue en primera instancia como por el tribunal al que toque hipotéticamente revisar una decisión.

2. En la sentencia dictada en autos “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa” (causa 1681, C.1757.XL, resolución del 20/9/2005), y en ocasión de expedirse sobre la extensión de la materia revisable mediante el recurso de casación a la luz de las exigencias establecidas por la CADH (art. 8.2.h) y el PIDCP (art. 14.5), la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolló argumentos que por su relevancia para este debate es importante recordar. El voto de mayoría, en lo que aquí importa, destaca que “lo único no

revisable” de la sentencia dictada como culminación del juicio oral “es lo que surja directa y únicamente de la inmediación” (consid. 24). Para agregar que “no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen” (consid. 25). Por su parte, la Dra. Highton de Nolasco, en postura concurrente, propicia “la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en e[l] caso” (consid. 10).

El fallo “Casal” avala la búsqueda del justo equilibrio entre el respeto a la inmediación, propia del juicio oral, y la garantía de revisión de la sentencia, justamente, mediante registros que incluyan aquello fácticamente posible porque, la validez de la sentencia dependerá, por regla, del respaldo probatorio que ostente.

Por lo demás, la jurisprudencia norteamericana citada por la accionante pone de resalto que el mecanismo de registro de los juicios podrá variar según las circunstancias del caso. El derecho a contar con un “registro suficientemente completo” (*record of sufficient completeness*) no implica necesariamente contar con una transcripción completa de lo ocurrido. Incluso, allí se aceptan medios alternativos calificados como aptos, es decir considerados suficientemente completos, tales como “notas no transcritas del relator de la Corte”, “notas tomadas por el juez durante el juicio” o un relato de los hechos sobre el que acuerdan las partes (“Settled Statement” o “Agreed Statement of Facts”, conf. “Mayer v. City of Chicago”, 404 US 189).

3. La entidad actora ha planteado también el interés de la sociedad en conocer los contenidos de los procesos. En este orden de ideas, estimó insuficiente la posibilidad de presenciarlos, habida cuenta de lo reducido de la potencial audiencia, señalando que resulta preferible labrar registros que permitan al público en general, aun uno de épocas futuras pero interesado en el pasado, conocer lo ocurrido en los procesos penales y contravencionales. Vale señalar que este interés se ve suficientemente representado por quien ejerce la acción pública, órgano dotado por la CCBA de autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial. Es cierto, que crece hoy día la demanda por una mayor participación directa de la ciudadanía sin depender de intermediarios. Sin embargo, no hay cláusula constitucional que vede la representación de este interés, por cierto, conjetural, por la vía y órgano que el legislador ha escogido para ello.

V. Colofón

En tales condiciones, la demanda debe ser rechazada, pues no se puede afirmar que las normas impugnadas, en la interpretación indicada, vulneren

las garantías invocadas. Corresponde señalar que ello no supone sostener una interpretación de esas garantías radicalmente divergente de la que postula la ADC. La diferencia queda más certeramente explicada por la mayor confianza que deposito en el criterio de los jueces de esta Ciudad, confianza que no exijo a los ciudadanos, a quienes, por cierto, asiste el derecho de controlarnos, unido al convencimiento de la utilidad del mecanismo de control difuso para corregir conjeturales desvíos.

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

1. Las inconsistencias de los fundamentos de la acción planteada y el alcance de la pretensión contenida en la demanda, en su momento, nos llevaron a dudar acerca de su admisibilidad. Sin embargo, nos pronunciamos afirmativamente, en la inteligencia que cuando un justiciable está invocando la lesión a un derecho, si existen dudas acerca de si corresponde sustanciar o no el debate, los jueces debemos permitir que este se produzca y que las partes vean satisfecho su derecho a ser oídas por un tribunal de justicia que emita una decisión acerca del planteo que efectuaron.

2. La parte actora promueve acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113 inc. 2º de la CCBA a fin de que “se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia del art. 59 inc. 3º de la ley 1287, del art. 47 de la ley 12 y de los arts. 394 y 395 del CPPN (...) en razón de ser contrarias dichas normas a los derechos que tiene todo acusado a obtener una revisión amplia de la sentencia condenatoria en primera instancia; a ser juzgado por un tribunal imparcial, a ser juzgado en un proceso público y al derecho de toda persona a tener acceso a información públicamente relevante...” (fs. 22).

A continuación, la parte manifiesta que la declaración de inconstitucionalidad de las cuestionadas normas “no debería producir ningún tipo de vacío legislativo” (fs 35) y que, por lo tanto, el Tribunal debería “resolver que la inconstitucionalidad de las normas en cuestión no importa su eliminación del ordenamiento jurídico, permitiendo así su aplicación por los tribunales ordinarios mediante una interpretación de aquellas que se ajuste a los principios elaborados en dicho pronunciamiento” (fs. 35).

Luego del debate producido en la audiencia de fecha 9/11/2005, es posible afirmar con certeza que el planteo de la accionante se orienta, entonces, a solicitar que el Tribunal realice una interpretación de las normas detalladas que resulte acorde con los términos de la demanda a fin de que la misma sirva de guía para la actuación de otros tribunales.

3. Resulta oportuno recordar que el art. 113, inc. 2º, CCBA establece que “(e)s competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de

la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”.

4. De lo hasta aquí expuesto, y más allá del esforzado planteo argumental de la accionante, se advierte que el ordenamiento jurídico vigente en la Ciudad no contempla la posibilidad de dictar una “sentencia interpretativa” en los términos propuestos por la interesada. Por ello, el objeto de la presente acción resulta improponible.

Tal como lo advierte el señor fiscal general en su dictamen de fs. 68/69, en diversos precedentes se ha sostenido que “el Tribunal, como legislador negativo, tiene facultades para expulsar del ordenamiento las reglas constitucionales irritas, irrazonables o palmariamente desatinadas pero no para invalidarlas porque ellas no desarrollan con la profundidad pretendida por un quejoso principios y valores constitucionales según él los concibe” (conf. “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2490/03, resolución del 9/6/2004 y, en sentido concordante, “Barga, Lisandro Arturo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 866/01, sentencia del 26/12/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 835 y ss., y “Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3032/04, resolución del 18/5/2005).

5. Aun cuando se admita que la actora intenta producir —como hipótesis extrema— la pérdida de vigencia de la norma en los términos previstos en el art. 113. inc. 2° de la CCBA, la seriedad y calidad argumental del debate es determinante 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. Es claro que, como lo ha sostenido el Tribunal desde sus primeros pronunciamientos, no basta con que se invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza.

En este proceso ADC no ha logrado establecer ni desarrollar tal nexo argumental. Detrás de la formulación contenida en la demanda, no se encuentran fundamentos idóneos y tampoco los han incorporado en la audiencia ante el Tribunal, pese a la prevención con la que fuera dispuesta la admisibilidad por la mayoría de los jueces (resolución de fs. 50/54).

En definitiva, el planteo formulado por la accionante no sobrepasó la enunciación superficial de principios de raigambre constitucional y supra-

constitucional, sin adentrarse en un segundo plano de análisis relativo a las razones, a los alcances y a las implicancias de cada uno de los artículos cuestionados, por lo que la acción intentada no resulta procedente.

6. Por las consideraciones expuestas, y tal como lo propicia el señor fiscal general en su dictamen de fs. 68/69, votamos por el rechazo de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la demanda de inconstitucionalidad planteada a fs. 22/38 por la Asociación por los Derechos Civiles contra el GCBA. Costas por su orden.

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

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

XXXVI

“GCBA S/SOLICITUD DE ALLANAMIENTO EN TUCUMÁN 2889,
PB 1º, 2º, 3º Y 4º S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

**CONFLICTO DE COMPETENCIA: Orden de allanamiento.
Verificación y control de faltas. Ejecución de un acto
administrativo. Ejercicio del poder de policía. Competencia
de la justicia contravencional y de faltas. Juez que previno**

Expte. n° 4514/06 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 15 de diciembre de 2005 el señor controlador de Faltas a cargo de la Unidad n° 34, solicitó al fiscal contravencional y de faltas de turno “la extensión” de una orden de allanamiento del “local, establecimiento o predio” ubicado en la calle Tucumán 2889 PB, 1º, 2º, 3º y 4º piso de esta Ciudad, con fundamento en “la *obstrucción de inspección* que se imputa al administrado, y a fin de que los funcionarios de la repartición correspondiente puedan

inspeccionar el lugar a efectos de controlar el cumplimiento de las normativas ciudadanas vigentes” (fs. 1).

Acompañó a ese fin (fs. 3/28) copias certificadas de la denuncia efectuada por el Administrador del consorcio de propietarios de la calle Tucumán 2896 (fs. 9) y de la actuación administrativa previa efectuada por el Gobierno de la Ciudad a través del CGP n° 2S (fs. 10) y de la Secretaría de Seguridad, la Subsecretaría de Control Comunal y la Dirección General de Fiscalización y Control (fs. 11; 13; 15; 16; 18; 22; 24; 26; 27 y 28), la Secretaría de Justicia y Legal y Técnica (fs. 17) y de la Procuradora General Adjunta de Control de Legalidad (fs. 11/13).

2. El 26 de diciembre de 2005, la señora cotitular de la Fiscalía Contravencional y de Faltas de Primera Instancia N° 3 solicitó la declaración de incompetencia del fuero, en atención a la doctrina sentada por este Tribunal en la causa “GCBA c/Propietario u ocupante inmueble C. Arenal 4613” (fs. 29).

3. El juez Contravencional y de Faltas N° 15 (fs. 30/31) resolvió que es competente el fuero contencioso administrativo y tributario para conocer en el allanamiento requerido por el Gobierno de la Ciudad a fin de “hacer cumplir un acto administrativo dictado en el marco de las facultades propias de su poder de policía” (fs. 30 vta.).

4. A fs. 41/42 la titular de la Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 dictaminó a favor de la competencia del fuero Contravencional y de Faltas por considerar “que no se trata en el caso de la ejecución de un acto administrativo. La cuestión propuesta se inscribe en el procedimiento administrativo de constatación de faltas e infracciones previsto en la ley 1217 y que es llevado a cabo por la Unidad Administrativa de Control de Faltas, ente que actúa en la primera parte del procedimiento previsto por la norma citada, con anterioridad a la intervención de los Tribunales Contravencionales y de Faltas”.

5. La jueza en lo contencioso administrativo y tributario se declaró incompetente al compartir las razones aludidas en el dictamen fiscal (fs. 43).

6. A fs. 44 y 46 el juez contravencional y de faltas, previo dictamen fiscal (fs. 45), resolvió —pese al conflicto negativo de competencia planteado y por entender que el tratamiento del pedido de allanamiento no admitía demoras por “encontrarse comprometidas cuestiones de seguridad e higiene”— “por el momento no hacer lugar al pedido de allanamiento formulado” por compartir lo afirmado por el fiscal en el sentido que el Gobierno de la Ciudad “en lugar de requerir un allanamiento a los siete meses del hecho fundante, debería previamente realizar nuevos intentos de ingreso al inmueble”, y dispuso elevar la causa a este Tribunal para que dirimiera la contienda de mención (fs. 46 y 60).

7. El fiscal general adjunto dictaminó que es competente el Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 15 por considerar que: *a)* el allanamiento solicitado tiene por fin “la realización de una actividad inspectiva en el inmueble en cuestión, con el objeto de constatar faltas y/o contravenciones”, y *b)* el acto jurisdiccional por medio del cual se rechazó el allanamiento solicitado debe continuar su trámite por ante el juez que lo dictó en la medida que dicha resolución tuvo por “virtualidad fijar la competencia de dicho fuero para entender en estas actuaciones” (fs. 53/54).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Nuevamente se presenta al Tribunal la necesidad de dirimir una contienda negativa de competencia entre un juzgado contravencional y de faltas y uno contencioso administrativo y tributario, en orden a la solicitud de allanamiento de morada requerido por una autoridad administrativa, solicitud que tiene justificación constitucional y legal (art. 18, C.N.; art. 13.8, CCBA; art. 12, L.P.A. y otros).

2. Como ha quedado manifiesto en los “resulta”, en el *sub examine* la actividad de la administración se ha desarrollado en el ejercicio de sus funciones de verificación y de control de faltas, primero con la intervención de la Dirección de Fiscalización y Control y su intento —varias veces fracasado— de inspección para determinar si el inmueble de Tucumán 2889 se trataba de un “hotel familiar” con habilitación en regla, y luego a través de la Unidad Administrativa de Control de Faltas con motivo de la “obstrucción de inspección” comprobada por la Dirección mencionada.

Tales características definen, a mi juicio, la atribución de competencia en el caso.

3. Por razones prácticas y jurídicas considero que en la solución de problemas de competencia como el analizado han de tenerse en cuenta diversas disposiciones legales: el art. 12, L.P.A. y los arts. 1° y 6° de la ley 1217 que regula el procedimiento de faltas de la Ciudad Autónoma.

Parece oportuno, en atención a que en otras causas el Tribunal optó por otras formas de resolución del conflicto, recordar lo ordenado por las normas mencionadas. El art. 12, L.P.A. dice: “Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial. Sólo podrá la administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la po-

blación o intervenir en la higienización de inmuebles. Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta”.

A su vez, el art. 1° de la ley 1217 expresa: “*Competencia*. Lo dispuesto en el presente título se aplica a todo procedimiento por el cual los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía verifiquen la comisión de una infracción contemplada en el Régimen de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Por su parte, el párr. 1° del art. 6° de la ley 1217 señala: “Requerimiento de auxilio de la fuerza pública. Los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía pueden requerir el auxilio de la fuerza pública y al solo efecto de asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta”.

A partir del plexo precedentemente transcripto, es posible delinear un criterio de distribución de competencias relativamente objetivo, que proporcione un apreciable grado de certeza para resolver este caso y asuntos futuros similares, y que puede sintetizarse del siguiente modo:

- a) Si la autoridad administrativa que solicita el allanamiento lo hace en ejercicio de facultades de verificación y control de faltas, la competencia es del fuero en lo contravencional y de faltas (conf. arts. 1° y 6°, ley 1217). La justicia contravencional y faltas deberá analizar las atribuciones de la autoridad administrativa que formula la solicitud antes de dictar la orden de allanamiento.
- b) Si la autoridad administrativa solicita el allanamiento para cumplir con una actividad o finalidad administrativa diferente al control de faltas, la competencia es contencioso-administrativa (p. ej., realizar una mensura; asegurar una estructura; realizar tareas de mantenimiento de la iluminación pública para lo cual haya que ingresar a una propiedad privada; retirar cables o elementos que pasan por una propiedad privada o su espacio aéreo; analizar cimientos; establecer las condiciones históricas de un sitio o lugar a fin de preservarlo; realizar un estudio de impacto ambiental; etc.).

4. En atención a los argumentos que expongo en los apartados precedentes, voto por atribuir la competencia al Juzgado Contravencional y de Faltas N° 15.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Tal como lo he afirmado al pronunciarme en la causa “Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317, CABA por presunta infracción

art. 54, Cód. Contrav. s/conflicto de competencia” (expte. n° 4498/05), no resulta clara en la legislación local la división entre el derecho de faltas, el procedimiento administrativo sancionatorio y el ejercicio de poder de policía por parte de la Administración. En esta oportunidad, el juez que previno, una vez trabada la contienda negativa de competencia, decidió pronunciarse sobre la razón del requerimiento efectuado por la Administración, puesto que “(...) nos encontramos ante un pedido de allanamiento cuyo tratamiento no admite demoras por encontrarse comprometidas cuestiones de seguridad e higiene” (fs. 44). A tal efecto, previa vista a la Fiscalía actuante, el juez en lo contravencional y de faltas decidió “(...) por el momento no hacer lugar a la medida de allanamiento formulado por el GCBA, respecto del inmueble sito en la calle Tucumán 2889, 1°, 2°, 3° y 4° piso, de esta Ciudad” (*sic*, fs. 46). Con esas actuaciones se agotó toda intervención judicial en el marco del pedido en cuestión, puesto que ello ocurre tanto cuando la solicitud es concedida en favor de la Administración (véase causa “Hernandarias 1317” [ya citada]) como cuando el juez requerido rechaza esa concesión.

2. En consecuencia, resulta claro que la difícil cuestión a resolver en la legislación local acerca de quien tiene competencia judicial para intervenir en cuestiones reguladas por el derecho de faltas, o por el derecho administrativo sancionatorio, o bien, en caso de que la Administración pretenda ejercer su poder de policía, así como también el problema atinente a cuál es la línea divisoria entre las categorías mencionadas, aquí no interesan. Me parece correcto que, más allá de toda controversia, la Administración se someta a la decisión judicial local que analiza su solicitud para allanar una finca o morada por cualquier motivo, motivo que deberá ser estudiado por el juez que previno, sin dilaciones o con carácter urgente —carácter que parece eliminar, en lo posible, todo conflicto de competencia—, como ha sucedido en el caso bajo análisis. Por lo demás, en procesos de naturaleza análoga (aunque con matices), el Tribunal ha convalidado el criterio propuesto en este voto (entre otros, “Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria c/Propietario local Av. Gral. Paz 10.634, 4° 406 s/Aut. Adm. actora —otros”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, p. 192 y ss.), así como también, por mi parte, he reiterado esta solución en el marco de procedimientos urgentes, como ser en la causa “Alberti, Solange Herminia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia” (expte. n° 2128/03, sentencia del 3/3/2003). Resulta claro, entonces, que con la decisión del juez en lo contravencional y de faltas finaliza toda intervención del Poder Judicial local en el caso concreto que analizamos.

3. Por ello, voto por devolverle los autos al juez que previno, con el objeto de que él archive estas actuaciones.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Los reiterados conflictos negativos de competencia, trabados entre los juzgados en lo contravencional y de faltas y los del fuero contencioso

administrativo y tributario, imponen profundizar el examen de las normas sobre cuya base corresponde asignar a uno u otro el conocimiento de los pedidos de allanamiento instados por la administración.

2. El art. 27 de la ley 1217 establece que “[l]a jurisdicción en materia de faltas será ejercida por el fuero en lo contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La competencia en materia de faltas es improrrogable”. El juicio de faltas se inicia con la radicación ante el fuero en lo contravencional y de faltas de las actuaciones labradas por la Autoridad Administrativa. Así, en su caso, determinada la falta por parte del controlador administrativo de Faltas, el presunto infractor tiene derecho a solicitar el pase de las actuaciones para su juzgamiento ante la justicia contravencional y de faltas (arts. 24 y 40, ley 1217). La Unidad Administrativa de Control de Faltas actúa como instancia administrativa única, obligatoria y previa a la intervención del fuero contravencional y de faltas (art. 13, ley 1217), cuando éste actúa a propósito de faltas.

La potestad para allanar domicilios de particulares no está contemplada en el Código de Faltas. En cambio, ha sido conferida al juez contravencional y de Faltas por el art. 30, L.P.C., cuya aplicación extensiva parece más que razonable a la hora de atribuir competencias. Dicha ley prevé: “(...) *Inspecciones y allanamientos*. El juez o jueza, a instancia del o la fiscal, puede ordenar allanar domicilios, cuando presuma que pueden hallarse elementos probatorios útiles”.

Por su parte, los jueces con competencia contencioso administrativa y tributaria tienen competencia para decidir causas de esta especie, que el Código de Procedimientos Contencioso Administrativo y Tributario define como “...todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público” (art. 2º). Tienen acordadas, expresamente, facultades para allanar domicilios en el CCAyT, el art. 193 establece: “(...) Mandamiento. En el mandamiento se incluye siempre la autorización para que los/las funcionarios/as encargados/as de ejecutarlo soliciten el auxilio de la fuerza pública y el allanamiento de domicilio en caso de resistencia, y se deja constancia de la habilitación de día y hora y del lugar.//Contiene, asimismo, la prevención de que el/la embargado/a tiene la carga de abstenerse de cualquier acto respecto de los bienes objeto de la medida, que pudiere causar la disminución de la garantía del crédito, bajo apercibimiento de las sanciones penales que correspondieren”.

Mientras tanto, ausente una previsión legal más específica, puede estimarse que están comprendidos en el art. 2º transcripto los pedidos de respaldo judicial para ejecutar actos administrativos previstos en el dec. 1510/97, ratificado por resol. 41/98 de la Legislatura, cuyo art. 12 establece: “Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. El acto administrativo goza de presunción

de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial. Sólo podrá la Administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la población, o intervenir en la higienización de inmuebles. Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta”.

Así lo ha entendido el reglamento contenido en el dec. 650/04 que, para un típico supuesto de ejecución de un acto administrativo, dispone: “*Art. 1º — Delégase en el señor subsecretario de Medio Ambiente la facultad de encomendar a las dependencias que resulten competentes, la ejecución de las tareas necesarias tendientes a la higienización, desratización y saneamiento de los inmuebles de dominio privado que no cumplan con las condiciones de higiene y salubridad previstas en la normativa vigente. // Art. 2º — Los actos administrativos que se dicten en función de lo dispuesto en el artículo precedente, deben contar en todos los casos con la intervención previa de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires y de las direcciones generales de Control de la Calidad Ambiental y de Higiene Urbana. // Art. 3º — Facúltase al señor subsecretario de Medio Ambiente para que encomiende, en los casos que resulte pertinente, a la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires que recurra por ante los tribunales en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de gestionar la orden de allanamiento de los inmuebles sujetos al procedimiento delegado por el art. 1º*”.

Aunque no constituyen un tratamiento sistemático de lo relativo a allanamientos de domicilios, el examen conjunto de ambas normas permite concluir: *a)* que la competencia en lo contencioso administrativo y tributario es residual aunque improrrogable, mientras que la definida por la ley 1217 se agota en el juzgamiento de faltas que, junto con el de las contravenciones y de los delitos contemplados por la ley 597, completan las competencias del fuero contravencional y de faltas; *b)* que los jueces contravencionales y de faltas actúan cuando ellos mismos presumen que existen elementos probatorios cuya obtención requiere del allanamiento; *c)* que los jueces con competencia en lo contencioso administrativo y tributario disponen el allanamiento por sí cuando éste es menester para trabar un embargo, mientras que lo hacen verifican-

do la existencia y presunta legitimidad de un acto administrativo, cuando el allanamiento tiene por fin ejecutar un acto de esta especie.

3. Por tanto, los allanamientos de vivienda que hacen a nuestro caso (las constancias administrativas no aluden al inmueble como local o instalación comercial) pueden ser dispuestos por dos vías distintas. Una de ellas, a la que es aplicable por lo antes dicho el art. 30 de la ley 12, está dirigida a constatar la comisión de una falta, en cuyo caso el juez contravencional y de faltas está facultado para decidirlo a pedido del fiscal. El fiscal, a su vez, puede obrar a requerimiento de un órgano administrativo, y frecuentemente ello ocurre así. En ese supuesto, toca al juez fundar la medida en su propio criterio —no el de la administración— acerca de la verosimilitud de la falta presumida y, asimismo, conducir el allanamiento mediante las órdenes que estime oportuno impartir a ese fin. El material reunido será materia también de análisis por un juez del fuero, si la eventual decisión del respectivo controlador no fuere consentida por el administrado. No toca al juez contravencional examinar acto administrativo alguno, puesto que no lo hay, ni es menester que lo haya. No modifica lo expuesto el art. 6º de la ley 1217 que establece: “(...) *Requerimiento del auxilio de la fuerza pública*. Los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía pueden requerir el auxilio de la fuerza pública y al solo efecto de asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta.//Cuando a juicio del funcionario/a interviniente resulte indispensable la identificación del presunto infractor/a al momento de la comprobación de la falta y ante su negativa o siendo ello imposible, aquél/lla puede requerir el auxilio de la fuerza pública al sólo efecto de efectuar tal identificación en el lugar de comisión de la falta y dando inmediata comunicación al Ministerio Público”. Ello así, porque el auxilio al que se refiere no es el del juez sino el de la fuerza pública de la cual ni el juez ni, en última instancia, la Ciudad disponen, no al menos de modo directo, aunque ambos puedan solicitarlo para cumplir los procedimientos o decisiones que les competen. Por otra parte, y por lo previsto en el art. 13, inc. 8º, CCBA no cabe aplicar el referido art. 6º a los allanamientos de morada.

Una segunda hipótesis es la suscitada por la emisión de un acto administrativo de aquellos cuya ejecución subordina el art. 12, L.P.A. al examen judicial. Es típico el acto que dispone inspeccionar un inmueble destinado a vivienda. En este supuesto, a diferencia del de los locales comerciales, la administración no puede ejecutar la medida por sí ni requerir el auxilio de la fuerza pública a ese fin, puesto que la CCBA y la ley han puesto el domicilio en un nivel de tutela superior al de los comercios. La función de inspeccionar viviendas, y aquellas otras administrativas cuyo ejercicio ésta suele desencadenar, tienen igual o similar extensión a las que podríán ser desarrolladas, en otros espacios, sin mediar asistencia judicial. La actuación del juez no puede ser requerida si no media el acto administrativo cuya ejecución torna imperioso el allanamiento. A su vez, el examen que el juez practica es, en lo que le

resulta posible, ausente por hipótesis una controversia, uno acerca de los elementos del acto, es decir, competencia, motivación, objeto, etc. La decisión judicial se limita a disponer que sea ejecutado ese acto, pero el juez no se convierte en el órgano emisor ni en el conductor del operativo, sólo sí en su supervisor en lo que hace al allanamiento en sí. Esta modalidad de intervención judicial no es novedosa ni exclusiva del ámbito local, en el orden federal, ella aparece prevista, por ejemplo, en la ley 17.091.

Para esta clase de examen, la competencia de los jueces contenciosos es más específica que la de los contravencionales y de faltas. Por otra parte, evita llevar a los jueces contravencionales situaciones que pueden no tener que ver con la comprobación y/o el juzgamiento de faltas y sí, en cambio, con el desarrollo de funciones estrictamente administrativas.

Además, como dije más arriba, la orden de allanamiento que libra un juez contravencional se funda, por regla, en la presunción de que en el domicilio a registrar pueden hallarse elementos probatorios útiles para esclarecer una contravención o una falta. En cambio, por principio, el allanamiento que podría disponer un juez contencioso administrativo y tributario que permita el ingreso a un domicilio particular para que la administración ejecute un acto administrativo se circunscribe, según dije, a concretar el control de legalidad (v. gr., competencia del órgano emisor, causa, finalidad, etc.) y allí se agota. Si comparamos ambas situaciones, es fácil advertir que el juez contravencional protagoniza también el momento previo y posterior al allanamiento cuyo desarrollo y alcance está supeditado a la investigación de la contravención o la falta imputada en la causa. La competencia de allanar le es propia, aunque solamente puede desarrollarla a requerimiento de quien ejerce la acción pública. Por su parte, el juez contencioso se limita, previo control de legitimidad, a poner a la administración en condiciones de ejecutar su acto dejando a cargo y bajo la responsabilidad de la autoridad administrativa tal concreción. No es exactamente la competencia de allanar la que ejerce sino la de comprobar que la decisión administrativa de hacerlo es *prima facie* legítima. Esta diferencia corrobora que, en relación con actos que traduzcan el ejercicio de funciones típicamente administrativas, corresponde la intervención del fuero en lo contencioso administrativo y tributario por razones de especialidad.

4. A esta altura corresponde señalar que en ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional, determinados organismos administrativos —cuyos actos son revisables en todos sus aspectos ante la justicia contravencional y de faltas—, aplican sanciones establecidas por el legislador para reprimir conductas identificadas como faltas. Sin embargo, junto a esta función, que no le es natural, la administración cumple, por medio de distintos agentes, otras de índole estrictamente administrativa, que están dirigidas o pueden desembocar en la toma de conocimiento acerca de la comisión de una falta, sin que ello suponga iniciar el desarrollo de la función de naturaleza jurisdiccional encomendada al controlador por la ley 1217 (arts. 13 y ss.). Veamos un ejemplo:

una inspección de índole estrictamente administrativa en un local comercial, según el caso, podría suscitar diversas respuestas: *i)* la administración tiene elementos suficientes para suponer configurada una falta, labra un acta, y decide dar intervención a la UACF para que el controlador de Faltas se expida acerca de la conducta referida en el acta y, en su caso aplique la sanción prevista por el Régimen de Faltas, decisión cuestionable, a instancia del presunto infractor, ante el fuero CyF; *ii)* a partir del informe elaborado por la inspección, la administración entiende que el local requiere subsanar determinadas deficiencias para funcionar en condiciones reglamentarias y dicta una resolución fijando un plazo para la ejecución de las obras o tareas correctivas; *iii)* la Administración decide realizar por sí algunas de esas tareas, higienización por ejemplo, a costa del propietario. Al momento de iniciarse el procedimiento motivo del ejemplo, claro, sería imposible adelantar o establecer a ciencia cierta su resultado.

5. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas en el punto anterior, se advierte que la regla de competencia que surge de la ley 1217 no agota las actividades de la Administración que pueden desembocar en un allanamiento. Dicho de otro modo, la administración puede *a)* conjeturar que se ha cometido una falta y obrar, en consecuencia, instando su comprobación y castigo mediante el ejercicio de sus propias competencias y requiriendo el de aquellas que no le asisten, por ejemplo la orden de allanar una vivienda; *b)* disponer un acto administrativo —inspección, fumigación, etc.— para ejecutar el cual le es menester allanar, a cuyo fin solicita el respaldo judicial. Es decir, las funciones bajo análisis no se reducen a la constatación de faltas e imposición de las respectivas sanciones. Los supuestos en que la actividad de la administración no está dirigida a aplicar una multa, probablemente representan la porción cualitativa y cuantitativamente más importante de su actividad. La presunción de legitimidad y ejecutoriedad, que el legislador reconoce a los actos administrativos, contribuye a un desarrollo de la función administrativa ágil y libre de interferencias, sujeto, de ordinario, al control judicial posterior. Asignar indiscriminadamente al fuero contencioso y de faltas competencia para intervenir en toda cuestión vinculada con procedimientos administrativos de inspección supone, no solamente extender injustificadamente el campo de aplicación de algunas de las reglas de competencia recordadas en desmedro de las otras, sino soslayar la interpretación que reordena de modo sistemático las diferentes manifestaciones que presenta la acción de la administración. Esa abdicación, no viene justificada por la imposibilidad de reconocer en cada caso qué finalidad persigue la autoridad administrativa, o lo que es coincidente, qué clase de función cumple la administración cuando pide el libramiento de una orden de allanamiento de morada. Para esto bastaría verificar si la administración: *i)* limita su pretensión a que una autoridad judicial reúna prueba a fin de constatar una posible infracción al régimen de faltas, o *ii)* intenta ejecutar un acto que exige intervención

judicial por los motivos desarrollados más arriba, distinto de la constatación de una falta, aun cuando de él pueda surgir la prueba de su comisión.

6. Nada de lo dicho impide, ante supuestos de urgencia, que el juez incompetente despache la orden de allanamiento requerida. Para estos casos de excepción, corresponde apuntar dos recaudos. Por un lado, el juez incompetente que estimó inapropiado demorar el allanamiento, debe adecuar su intervención a las reglas bajo las cuales el juez competente habría podido intervenir. Es decir, si un magistrado del fuero contravencional libra una orden para permitir que la administración ejerza una potestad ajena o previa a la posibilidad de imputar una falta, su actuación se ha de limitar a controlar la legalidad del acto administrativo, con la rigurosidad propia de un proceso *in audita* parte, acotado a valorar *prima facie* el ejercicio de la potestad administrativa en juego, y postergando para el momento de la eventual impugnación del acto ejecutado, en juicio contradictorio, el ejercicio del control pleno que pudiera corresponder en función de los planteos formulados por las partes. Por otro, la emisión de una medida urgente o la decisión según la cual tal urgencia no existe, dispuestas por un juez incompetente, en nada modifica la obligación del magistrado de desprenderse del expediente pues su pronunciamiento no prorroga la competencia (*Fallos*, 326:4894 entre muchos otros).

7. En el caso que nos ocupa, la administración constató una falta (obstrucción de inspección) y dio intervención a la UACONF. Tratándose de la imputación de una falta, y exclusivamente en relación con ella, es competente el fuero contravencional para otorgar o no el allanamiento requerido y luego corresponderá al controlador interviniente expedirse en los términos del art. 14, ley 1217. A fs. 46 el juez contravencional rechazó el allanamiento, por tanto, en cuanto a la falta imputada sólo resta la decisión del controlador y su eventual cuestionamiento ante el fuero contencioso y de faltas.

Aunque el punto perdió actualidad en autos, dado que el pedido de allanamiento se formuló por la obstrucción de inspección constatada, pero agregando “y a fin de que los funcionarios de la repartición correspondiente puedan inspeccionar el lugar a efectos de controlar el cumplimiento de las normativas ciudadanas vigentes” (fs. 1), corresponde señalar que la pretensión de la administración de realizar una inspección integral para establecer si el inmueble funcionaba como un hotel con habilitación en regla y bajo condiciones de higiene y seguridad (finalidad expresada a fs. 10 y 15) excedía los términos del allanamiento que pudo requerir el controlador de Faltas vinculado con una obstrucción de inspección (v. gr., destinado a coleccionar prueba para determinar si la obstrucción denunciada era ilegítima). Para ejercer facultades genéricas de inspección, la Administración debía emitir el acto administrativo pertinente y solicitar luego al fuero en lo contencioso administrativo y tributario la orden de allanamiento necesaria para ejecutarlo (art. 12, L.P.A.).

Por las razones dadas, estimo que por la forma en que la Administración desplegó sus competencias habiendo vinculado la orden de allanamiento con la falta prevista por el art. 9.1.1 de la ley 451, la competencia correspondía al Juzgado Contravencional y de Faltas N° 15 al que deberán remitirse las actuaciones a sus efectos.

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

Compartimos la solución propiciada por los jueces preopinantes y los fundamentos concordantes del fiscal general adjunto (fs. 53/54). En efecto, en este caso, se impone asignar competencia al Juzgado Contravencional y de Faltas N° 15, y a los efectos que allí se crean convenientes. Ello así, por cuanto, la solicitud de allanamiento que nos convoca reconoció su génesis y motivación en la presunta infracción al régimen de faltas (art. 9.1.1 de la ley 451; “Obstrucción de Inspección”) y fue requerida en el marco del proceso administrativo sustanciado por la Unidad Administrativa de Control de Faltas —para verificar otras transgresiones de la misma especie—, actuación que, eventualmente, podrá ser examinada por un magistrado de tal fuero, de ser esa la voluntad del administrado. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que el allanamiento ha sido rechazado con carácter previo por un tribunal con jurisdicción en esta específica materia, por lo cual, en principio, el objeto concreto de la petición expresada por la administración se habría agotado con tal pronunciamiento.

Estas consideraciones no importan emitir opinión alguna con respecto a la suerte del sumario administrativo que tramita por ante la UACF referido a la supuesta falta ya verificada (por obstrucción de inspección) o, incluso, respecto de futuros allanamientos que pudieran caer sobre el inmueble de marras (si se vieran frustrados nuevos intentos de inspección de aquél por las autoridades de contralor, a partir de lo expresado por la Procuración General de la Ciudad y la fiscal de grado; fs. 11/13 y 45, respectivamente).

En consecuencia, corresponde devolver las actuaciones al juzgado de origen.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 15 para conocer en este expediente.

2°. *Mandar* se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 y se remita el proceso al juzgado declarado competente.

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

XXXVII

“ECHEGARAY, PATRICIO Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Código Contravencional. Facultad de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires para regular materia contravencional.

Ampliación de tipos penales mediante figuras contravencionales.

Derogación de una norma de la Constitución de la Ciudad de Buenos

Aires y de una norma federal de alcance local. Régimen de reincidencia

Expte. nº 4286/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Los actores promueven demanda de inconstitucionalidad, en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402.

Los accionantes sostienen que en virtud de lo dispuesto por los arts. 75, inc. 11 y 126 C.N. “ni las provincias ni la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran facultadas para reglar en materia penal” (apartado III de la demanda) y que en consecuencia el Código Contravencional que fuera aprobado por la ley 1472 es inconstitucional (apartado I de la demanda).

Afirman que lo que diferencia y caracteriza “a las leyes penales de otros tipos de leyes es que imponen penas a los sujetos que realizan el hecho descrito en la disposición legal (apartado III de la demanda) y agregan que el Código Contravencional “actualmente vigente”, en cuanto a su contenido “...compite abiertamente con el Código Penal por definiciones de los mismos tipos penales. Así, ...tipifica el daño (art. 80), ya contemplado en los arts. 183 y 184 del C.P. (el código lo denomina “ensuciar bienes”). Es manifiesta aquí la ampliación constitucional de tipos penales ya contemplados por el Congreso de la Nación”.

A fs. 3 vta./4 manifiestan que las normas contravencionales son penales porque imponen penas de multa y privativas de la libertad, algunas de las cuales son más graves que las legisladas en el Código Penal de la Nación y regulan conductas que ya se encuentran establecidas expresamente en ese código.

Finalmente agregan que “sostener que puede haber un campo no delimitado en la Constitución para imponer penas (inclusive privativas de libertad) fuera del marco del Código Penal es una interpretación claramente reñida con las garantías constitucionales, ya que se trata de autorizar el dictado de normas penales a un órgano no competente, en violación además del principio de reserva” (fs. 3).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

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

2. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general —la ley 1472— de conformidad con lo prescripto por el art. 113, inc. 2º, CCBA.

Los accionantes clasifican a la ley en cuestión como una norma penal en sentido material, y de allí derivan que la norma sería inválida por haber sido dictada por un órgano —la Legislatura local— sin competencia para ello.

3. El Tribunal es competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, L.P.T.) en relación con el planteo de inconstitucionalidad descripto en el punto precedente. Por lo tanto la cuestión constitucional a decidir es si la Ciudad tiene facultades para imponer contravenciones, con los alcances que resultan de la ley 1472.

Corresponde, en consecuencia, ordenar el traslado de la demanda, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Los actores sostienen que el GCBA carece de facultades para dictar un Código Contravencional (ley 1472). Sostienen “[...] que los Códigos Contravencionales no son más que normas penales, dado que: [...]” a) imponen penas; b) tienen por objeto principal la imposición de penas; c) imponen penas más graves que las legisladas en el Código Penal de la Nación, y d) regulan conductas que ya se encuentran establecidas expresamente en el Código Penal. Seguidamente, bajo la premisa de que no hay diferencias entre los delitos y las contravenciones, postulan que les está prohibido a las legislaturas locales legislar en dicha materia, toda vez que habría quedado absorbida en la delegación de poderes al Gobierno Nacional (conf. surge de los arts. 75, incs. 12 y 126, C.N.), por lo que solicitan que se declare inconstitucional el Código Contravencional (ley 1472).

Asimismo a fin de desarrollar su tesis, definen los términos delito y falta; el primero como conducta taxativamente descripta en el Código Penal y en las leyes penales especiales, el segundo como infracción administrativa, la que admiten que queda reservada a las legislaturas locales. Por último, señalan que las contravenciones, a diferencia de las otras dos, no constituyen una categoría ontológica sino que, en tanto tienen como fin criminalizar conductas, no son sino ejemplares de la que agrupa a los delitos, por lo que les estaría vedado a las legislaturas locales hacerlo en esta materia.

Por último, sostienen que el instituto de la reincidencia es una variante del derecho penal de autor proscripto por el art. 13, inc. 9º de la Constitución

local y 19, C.N., por lo que piden que se declare inconstitucional el art. 17 de la ley 1472.

2. La facultad de la Ciudad para dictar un Código Contravencional surge expresamente del art. 81, inc. 2º y de la cláusula transitoria duodécima de la CCBA; por lo que, implícitamente, el ataque está dirigido contra la propia Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Sin desecharlos no es posible satisfacer el reclamo de los actores, puesto que no sólo el presente, sino cualquier Código Contravencional que verse acerca de las materias que tradicionalmente han sido consideradas por la CSJN como competencia privativa de las provincias sería inválido.

La ADI, no resulta un proceso apto para revisar normas constitucionales. El art. 113, inc. 2º la reserva para el examen de validez de “[...] leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. [...]”. En tal sentido, el Tribunal *in re* “Losa Néstor Osvaldo c/GCBA s/Acción declarativa y de inconstitucionalidad” (expte. n° 48/99, sentencia de este Tribunal del 16 de julio de 1999) resolvió que “[e]l cuestionar por inconstitucional una cláusula de la misma Constitución resulta manifiestamente imposible por la vía de la acción prevista en el art. 113, 2º, CCBA (control abstracto). En efecto, no podría este Tribunal restarle vigencia general a una regla de la CCBA, esto es, anteponer su voluntad a la misma Convención Constituyente, pues ello está, a todas luces, fuera de su competencia y de su poder, conforme al texto del art. 113, 2. [...]”.

3. Tampoco puede tener una acogida favorable la demanda en cuanto a la tacha de inconstitucionalidad del art. 17 del Cód. Contrav.

El tamiz que debe transitar una ADI para ser declarada admisible, resulta más exigente que el examen de un recurso; lo que se traduce en que quien desee instar una acción de inconstitucionalidad deberá fundamentar la demanda con una intensidad mayor que la requerida habitualmente cuando se encuentra discutida la validez de una norma en un caso concreto. Ello obedece a la necesidad de que el debate que puede llevar nada menos que a la derogación de una ley, y cuyo contenido impone límites al control que el Tribunal ejerce tenga una formulación vigorosa. Ésta es jurisprudencia del Tribunal a cuya justificación he buscado contribuir con mi voto en “Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (conf. expte. n° 3725/04, sentencia de este Tribunal del 16 de marzo del 2005). Visto desde esta perspectiva, el presente planteo dirige su objeción genéricamente al instituto de la reincidencia, con citas de destacado valor y a las que reconozco ascendiente en la formación de mi propia visión del asunto. Empero, no se hace cargo de que el artículo impugnado exige, para tener por configurada la reincidencia, que la nueva contravención lesione el mismo bien jurídico y tenga lugar dentro de los 2 años de dictada la primer condena, requisitos ambos cuya vinculación

con el hecho no puede ser descuidada. La reiteración de lesiones a un mismo bien jurídico, en un lapso en que el legislador puede estimar no disipados los efectos de la primera lesión, tiene o puede tener una repercusión potenciada. A su vez, la circunstancia de que el *plus* de pena recaiga en quien reitera y no en cualquiera que hubiere cometido el segundo hecho luego de haber tomado conocimiento del primero, puede significar un resguardo para el autor. Ello, unido a que el incremento previsto para la pena no impone inferir motivos ligados con la estigmatización de quien reitera la contravención constituyen, no la solución, pero sí el temario que creo indispensable recorrer para un examen mínimo de la cuestión. Este temario no queda habilitado por la accionante. La ausencia de un planteo lo suficientemente vigoroso que abarque las mentadas características, justifica declarar inadmisibles la presente acción en este punto.

4. Por lo expuesto, voto por declarar inadmisibles la presente acción.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al fundado voto del Dr. Luis F. Lozano, y sólo me permito agregar algunas reflexiones.

2. La acción interpuesta pretende que se “declare la inconstitucionalidad del Código Contravencional aprobado por la ley 1472” (fs. 42). Tal como lo pone de resalto el juez Lozano en su voto, el planteo de los actores no tiene en consideración que la misma Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, al enumerar las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad, establece la de sancionar el Código Contravencional y de Faltas (art. 81, inc. 2º). Y resulta indudable que la ley 1472 fue dictada en ejercicio de tal facultad constitucional.

Asimismo, la ley 24.588 —dictada por el Congreso de la Nación— establece que “(l)a Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales” (art. 8º, párr. 2º).

Por consiguiente, el planteo de la parte actora conduciría, o bien a desconocer la vigencia de la Constitución local y de la norma federal apuntada (ejercicio estéril que sólo provocaría la nulidad del pronunciamiento judicial que así lo hiciera), o bien a interpretar que la pretensión contiene de manera implícita la solicitud de declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* de tales preceptos (ejercicio que, como se verá a continuación, resulta inviable).

3. Desde esta perspectiva, en primer término, cabe hacer remisión a la constante jurisprudencia de este Tribunal que, en la materia, destaca la necesidad ineludible de identificar con claridad y precisión (y en forma expresa) la/s norma/s objeto de tacha en el proceso de control de constitucionalidad abstracto previsto en el art. 113, inc. 2º, CCBA (*in re*: “Roitman, Mauricio José c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. nº 453/00,

resolución del 25/09/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 283 y ss.; “Bustelo, María Cecilia c/GCBA —Secretaría de Educación— s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1328/01, resolución del 20/2/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 43 y ss.; “Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)”, expte. n° 3937/05, resolución del 15/6/2005; entre muchos otros).

Pero, sobre todo, debe recordarse que el art. 113, inc. 2° antes citado, dispone que “es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer (...) originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de *leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad*, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución...”.

Esta norma, en modo alguno, habilita al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de una cláusula de la propia constitución local ni de una norma federal de alcance local, como la de garantía de los intereses del Estado Nacional en la actual capital de la República, esto último expresado más allá del concepto que nos merezca tal plexo de cara al *status* de autonomía que para la Ciudad la propia Constitución federal consagra en su art. 129.

Por lo tanto, de una interpretación sistemática de las normas constitucionales citadas, se desprende que la demanda bajo análisis no cumple con uno de los requisitos esenciales para habilitar su procedencia por cuanto implícitamente se está solicitando la derogación de una disposición de la Constitución local y de una norma federal de alcance local.

4. Por lo demás, de la lectura del escrito de inicio se desprende que los actores decidieron “no ingresar en el estudio de la constitucionalidad de los tipos contravencionales concretos, dado que el planteo de esta acción es la declaración de inconstitucionalidad *in totum* del Código Contravencional” (fs. 9 vta.). Esta circunstancia, además de no estar en consonancia con la conteste jurisprudencia del Tribunal antes aludida que requiere la identificación específica de las disposiciones reputadas inconstitucionales, confirma lo antedicho respecto que la presente acción implícitamente cuestiona la validez de normas de la propia constitución local y de una ley federal de alcance local.

5. A su vez, los actores objetan puntualmente el instituto de la reincidencia —regulado en el art. 17 del Cód. Contrav.— ya que ésta entraría en “una abierta contradicción con los principios establecidos por la carta Magna local”. Pero, tal como lo señalara el Dr. Lozano en su voto, considero que este punto de la demanda carece de un desarrollo de entidad suficiente sobre la cuestión constitucional como el que es dable exigir en un planteo que apunta a la abrogación judicial *erga omnes* de la norma. En tales condiciones, tampoco en este aspecto puede admitírsela para efectuar el escrutinio solicitado.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar inadmisibile la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Comparto las consideraciones expuestas en los votos de los jueces Dres. Lozano y Casás respecto de la inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

Los actores pretenden la declaración de inconstitucionalidad *in totum* de la ley local 1472 (Cód. Contrav.) con fundamento en la incompetencia de la Ciudad para dictar normas que, entienden, poseen naturaleza penal. El planteo, tal como resulta presentado, no involucra la invalidez de una norma de carácter general, sino un cuestionamiento al régimen de reparto de competencias entre el Estado y la Ciudad de Buenos Aires en función del criterio interpretativo de los actores respecto de la naturaleza de las normas que regulan la materia contravencional.

El cuerpo constituyente local, con anclaje en lo dispuesto en el art. 129, C.N, ha interpretado que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene facultades para dictar la legislación contravencional local y así lo ha plasmado en el art. 81, inc. 2º al disponer que la Legislatura "...sanciona el Código Contravencional y de Faltas...", potestad también reconocida en el art. 8º de la ley nacional 24.588. En consecuencia, la ley 1472 ha sido dictada como derivación inmediata de las normas superiores que consagraron esa atribución.

En este contexto, resulta claro que la pretensión de que este Tribunal revise el criterio interpretativo que sustenta una disposición de carácter constitucional excede la competencia conferida por el art. 113, inc. 2º CCBA y por ello la acción intentada no puede resultar admitida para su debate, como lo auspician los accionantes.

Desde uno de sus primeros pronunciamientos este Tribunal ha sostenido que el art. 113, inc. 2º, CCBA no habilita a declarar la inconstitucionalidad de una norma de la Constitución de la Ciudad (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, "Losa Néstor Osvaldo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 48/99, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 190 y ss.); criterio que he reiterado posteriormente al señalar que: "...dentro de las incumbencias establecidas en el art. 113 de la Constitución de la Ciudad, no se encuentra la de declarar la inconstitucionalidad de preceptos de la norma superior local" (conf. mi voto en autos "Asociación Argentina de Compañías de Seguros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte n° 2953/04, resolución del 12-4-04).

2. Los actores cuestionan, ahora en forma concreta, la validez de la disposición contenida en el art. 17 del Cód. Contrav., régimen de reincidencia, por considerar que afecta los principios consagrados en la Constitución de la Ciudad; sin embargo el desarrollo del planteo no exhibe la seriedad y contundencia que una acción del tipo de la intentada requiere. En efecto, el punto IV del escrito consiste en una mera reproducción de la opinión de diversos autores, sin siquiera indicar las obras a las que pertenecen las citas.

En definitiva, la presentación de los actores ostenta deficiencias que impiden considerarla idónea para habilitar la acción declarativa de inconstitucionalidad que tiene por finalidad producir un debate de efectos trascendentes, como lo es la vía establecida en el art. 113, inc. 2° de la Constitución local.

3. Por las razones expuestas, voto por declarar inadmisibile la presente acción.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Los actores promueven demanda de inconstitucionalidad, en los términos de los arts. 113, inc. 2°, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, contra el Código Contravencional, aprobado por la ley 1472. En términos generales, los accionantes controvierten las atribuciones de la Legislatura de la CABA para el dictado del Código mencionado por considerar que dichas facultades contradicen la prohibición de legislar en materia penal, dispuesta por los arts. 75, inc. 12 y 126, C.N.

Específicamente, ellos sostienen que:

- a) en virtud del principio de clausura o reserva (art. 19, C.N.), el Código Contravencional de la CABA “compite abiertamente con el Código Penal [de la Nación] por definiciones de los mismos tipos penales” (fs. 2). La circunstancia apuntada conduce, en algunos casos, a la ampliación inconstitucional de los tipos ya contemplados en el Código nacional. Como ejemplo de ello, los actores afirman que el Código Contravencional, en su art. 80, “tipifica el daño” [sic], que ya está definido en los arts. 183 y 184 del C.P.;
- b) las sanciones contravencionales no son menos gravosas que las más bajas previstas en el Código Penal. Con relación a este punto —central en la demanda— se impone señalar que la parte actora sustenta su escrito en párrafos extraídos de la obra de diversos penalistas destacados (en la mayoría de los casos, sin citar correctamente y tan siquiera mencionar la bibliografía de la que toman estos extensos parágrafos). Un efecto disvalioso de este déficit de la demanda es la necesidad de interpretar, en muchos casos de manera inferencial, el argumento preciso que los actores procuran formular.

En el caso de la llamada “competición” del Código Contravencional local con el Código Penal nacional, no resulta claro si aquello que se impugna es el establecimiento por la normativa local de penas más severas que aquellas previstas en la normativa nacional (cualquiera sea la conducta a la que hacen referencia), o bien a idéntica situación referida a la misma conducta. Como ejemplo: “el Código Contravencional prescribe penas privativas de la libertad y, dado que existen delitos que no tienen contemplado este tipo de pena, las sanciones contravencionales no son menos gravosas que las más bajas previstas en el Código Penal. Ello demuestra que ni siquiera se cumple

con el pretendido carácter (inconstitucional, reiteramos) de normativa penal menor” (fs. 2/2 vta.); o cuando los accionantes afirman que “no puede admitirse nunca que una contravención sea penada más severamente que un delito” (fs. 5 vta.). Más claramente aún, cuando sostienen —como ya lo expuse en el punto 1.a)— que el Código Contravencional plantea “[una abierta competencia] con el Código Penal por definiciones *de los mismos tipos penales*” (fs. 2; énfasis suplementado).

2. Afirmaciones como las que he transcripto redundan en el escrito de la demanda, y ello me obliga a tomar posición —tan sólo desde mi primer papel de intérprete— en punto a la muy disímil circunstancia de confrontar una protesta por la imposición de penas más gravosas en el Código local que aquellas prescriptas en el Código Penal *en general*, o *por la misma conducta*.

Aunque el escrito de la demanda colabora magramente en la elucidación de este asunto por la escasez de argumentación autónoma, suplida más bien por la apropiación (en muchos casos atinente) del pensamiento de expertos en la materia, yo concluyo que los accionantes impugnan el Código Contravencional por considerar que éste resulta, en algunos casos, francamente contradictorio con el Código Penal (v. gr., imposición de penas más severas para la misma conducta) o, en otros, por la presunta violación del principio de clausura (art. 19, C.N.), debido a la tipificación de ciertas conductas como contravenciones equiparables a los delitos por la cuantía de la pena dispuesta, frente a la absoluta reserva del Código Penal en lo que atañe a esas mismas acciones. “Lo que no está regulado por el congreso nacional forma parte de nuestra posibilidad de libertad...”, por lo que “no puede admitirse nunca que una contravención sea penada más severamente que un delito” (fs. 5 vta.).

3. Tal como está planteada esta acción, y ciñéndonos al escrito de la demanda, probablemente esta cuestión no pueda ser zanjada *inequívocamente* por el Tribunal en su papel primario de intérprete. En sustento de una interpretación restrictiva del objeto de la acción coadyuvan las manifestaciones de los actores, contrarias a la ampliación de los tipos estrictamente penales por vía de su inclusión como contravenciones en el Código local, o el señalamiento de la contradicción existente entre las dos normativas cuando se trata de “cuantificar” la pena prevista en ciertos casos, o la *suplencia* (ya no competencia) en la tipificación de conductas como contravenciones, aunque aquellas no estén contempladas por el Código Penal como delitos —pero equiparables a estos por la severidad de la sanción— circunstancia que los accionantes describen como “apertura de los tipos”: “La apertura de numerosos tipos contravencionales es otra característica contraria a los mandatos constitucionales, en la que no ahondaremos para no ingresar en el estudio de la constitucionalidad de tipos contravencionales concretos, dado que el planteo de esta acción es la declaración de inconstitucionalidad *in totum* del Código Contravencional” (fs. 9 vta.).

Por lo expuesto hasta aquí, la demanda puede interpretarse como una denuncia de conductas sustancialmente similares o idénticas que, sin embargo, están sancionadas doblemente en el Código local o que, no obstante estar contempladas en ambos códigos, se ven sujetas a una pena mayor en el primero que en el segundo, por lo cual considero que la materia sometida a controversia es de entidad suficiente como para merecer el examen más profundo que habilita la declaración de admisibilidad de esta acción, acotada al punto al que acabo de referirme.

Más aún: si se concluyera que la única interpretación razonablemente elegible de la demanda es la protesta genérica por la imposición de sanciones más severas en el Código Contravencional que las penas menores dispuestas por la normativa nacional (para otras conductas), aún así yo decidiría admitir la acción —circumscripita a este punto— puesto que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires habilita a la Legislatura de la Ciudad (con carácter *potestativo*, bajo el Título Tercero, Capítulo Segundo, *Atribuciones* [contrástese éste con el Título Cuarto, Capítulo Tercero, *Atribuciones y Deberes* —referidos al Poder ejecutivo Local—], a “[Sancionar el] Código Contravencional y de Faltas” (art. 81, inc. 2°), sin especificar el tipo de penas que se reputarán admisibles para las contravenciones y las faltas (de hecho, sin especificación alguna). En tal sentido, tal como puede colegirse de alguno de los votos de mis colegas que se han pronunciado por la inadmisibilidad de esta acción, al reconocer que ésta se sustenta en doctrina “de destacado valor” (conf. voto del señor juez Lozano, punto 3), un debate más profundo sobre este tema (dentro de los límites de la acción planteada) resultaría, a mi juicio, benéfico.

4. Mis colegas, los jueces Conde, Lozano y Casás, destacan que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, no resulta un procedimiento idóneo para revisar las propias normas constitucionales locales. Asimismo, ellos destacan que la jurisprudencia constante del TSJ impone como recaudo insoslayable la identificación clara, precisa y expresa de la/s norma/s objeto de impugnación en el marco de una acción del tipo intentado en el *sub examine*.

Con relación al primer punto, estimo necesario remarcar que coincido con mis colegas en cuanto a la inadmisibilidad de la demanda interpuesta en tanto se la interprete como un intento de desconocer la vigencia de la Constitución de la Ciudad o de someter a escrutinio jurisdiccional la propia disposición contenida en el art. 81, inc. 2°, CCBA. En razón de lo expuesto, he procurado ser claro en cuanto al aspecto estricto que me lleva a considerar que esta demanda es formalmente admisible.

Con relación al segundo punto, no me aparto del temperamento impuesto en general por el TSJ, en el sentido de cuestionar, *prima facie*, toda acción declarativa de inconstitucionalidad que comporte la impugnación *in totum* de

la normativa puesta en crisis, en lugar de identificar normas específicas en pugna con la Constitución Nacional o local. Sin embargo, aun cuando es objetable la práctica de impugnar todo el texto de una ley —incluso de aquellas disposiciones de la ley que de manera alguna pueden ser sospechadas como viciadas de inconstitucionalidad, como los propios accionantes lo admiten respecto de las “faltas” previstas en el Código Contravencional, conf. fs. 3 vta.)—, la relevancia de la objeción se reduce en este caso, pues, a la impugnación por vicio de incompetencia en el órgano productor de la ley (conf. mi voto en la causa “Leibinstein, Perla Aída y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 2533/03, sentencia del 19/11/2003, apartado 2). Por lo demás, los actores suman un análisis particular sobre la validez de segmentos específicos de la norma puesta en crisis (arts. 17 y 80 del Cód. Contrav.).

Tal como yo interpreto la objeción que, en principio, cabe formular a una demanda que critica un texto normativo en su totalidad, dicha reserva va referida al *contenido material* de la norma criticada. En este caso, en cambio, el cuestionamiento se dirige contra *las facultades* de la Legislatura local para tipificar conductas como antijurídicas (de carácter penal), cuando el Código nacional de fondo no se expide sobre la materia (principio de reserva), o cuando impone, para la misma conducta, penas menores. Para considerar admisible la demanda en el marco de estos estrictos parámetros, pues, no es necesario aceptar ni compartir la premisa que, como correctamente lo señala el señor juez Lozano en su voto (punto 1, párr. 2°), subyace a la presentación de esta acción, esto es, la *inexistencia de diferencia intrínseca entre delitos y contravenciones* (cuando más, admiten los actores, la diferencia es cuantitativa, en clara alusión a la cuantía de la pena). Por consiguiente, sólo el (restringido) cuestionamiento a la competencia de la Legislatura local —a la que ya me he referido— o, más precisamente, a las facultades bajo cuyo amparo se dictó el Código Contravencional, es un argumento de la parte actora que merece un escrutinio más exhaustivo y, por lo tanto, su antecedente caracterización como objeción admisible.

5. Por las razones expuestas, y en concordancia con la solución que propone la señora jueza de trámite, Alicia Ruiz, resuelvo que: *a)* los actores están legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con aquello dispuesto por los arts. 113, inc. 2°, CCBA y 18, inc. 2°, ley 402; *b)* aquellos solicitan la declaración de inconstitucionalidad de la ley 1472 (con las especificaciones señaladas *supra* en cuanto al objeto de la impugnación), una norma de carácter eminentemente general; *c)* el TSJ es competente para entender en el proceso y la acción es admisible en lo atinente al planteo de inconstitucionalidad antes descripto (art. 21, L.P.T.), esto es, ella procede en tanto controvierte las facultades de la Legislatura local para imponer contravenciones con el alcance anteriormente especificado.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 1/15.

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

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

XXXVIII

“ARCOS DORADOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘ARCOS DORADOS S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN
DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Gravamen de imposible reparación ulterior. Medida cautelar. Juicio ejecutivo. Sentencia definitiva. Prueba que permita equiparar una decisión a sentencia definitiva a cargo del recurrente

Expte. nº 4262/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Arcos Dorados S.A. interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad para impugnar la disposición 51-DGCINT/00 que rechazó el descargo efectuado por la parte en relación con un supuesto incumplimiento de la cláusula c) de la escritura traslativa del dominio del inmueble sito en Avenida Rivadavia nº 5730, celebrada entre el Gobierno y la Cooperativa Papirri —inmueble posteriormente adquirido por la actora—, rechazó su pedido de excepción al cumplimiento de la obligación establecida en el contrato y le impuso una multa de u\$s 461.523,85, por el período 18/8/1998 y 30/8/2000. Conjuntamente con la demanda (punto VIII, fs. 11 vta./13 vta.) la empresa planteó una medida cautelar tendiente a que se disponga la suspensión del cobro de la multa “y en especial de la resol. 266-SPTyDS/04 y, en particular, de su art. 4º en cuanto se intima a mi parte a saldar en el plazo de 15 días la suma que la Dirección General de Contaduría calcule en concepto de multa según lo ordenado en el art. 3º de la citada resolución” (fs. 11 vta.).

2. La resolución de primera instancia no hizo lugar a la medida precautoria solicitada por la actora (fs. 16 y vta.). El juez consideró que “los propios dichos del peticionante, junto a las constancias obrantes, conducen a desvirtuar la verosimilitud del derecho que invoca” y que “el peligro en la demora queda huérfano de fundamento a fin de acceder a la cautela que se requiere” (fs. 16 vta.)

3. Arcos Dorados apeló la sentencia (fs. 17/27). La Sala II de la Cámara confirmó la resolución anterior (fs. 30/32 vta.) pues “del confronto de los hechos relatados por la parte actora, y de las constancias adjuntadas a la causa no aparece suficientemente demostrada la manifiesta ilegitimidad de las resoluciones atacadas. Ello por cuanto en momento alguno surge que la actora hubiere cuestionado la restricción al dominio sobre el inmueble de marras en forma previa a destinarlo a una actividad comercial distinta a la libremente convenida entre el GCBA y su antecesor en el dominio” (fs. 31).

4. Contra esa decisión, Arcos Dorados S.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 34/45 vta.), recurso que fue denegado por la Sala con fundamento en precedentes del Tribunal referidos a que, en principio, las decisiones sobre medidas cautelares no autorizan la tramitación del recurso de inconstitucionalidad (fs. 47).

5. Por la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, Arcos Dorados presentó ante el Tribunal la queja que tramita en estas actuaciones (fs. 54/67).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto (fs. 76/78 vta.) postuló que se rechace la queja, por entender que la sentencia no es definitiva ni equiparable a tal ya que el agravio alegado por la actora “constituye una mera manifestación dogmática carente del necesario sustento probatorio” (fs. 78) que no permite equiparar la decisión que deniega la medida cautelar a una sentencia definitiva, y que ello no se suple mediante la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas por la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja, planteada en tiempo y forma por la actora, no puede prosperar.

La parte no logra demostrar en el recurso de hecho, siquiera por vía argumentativa, cuáles son las consecuencias, irreparables posteriormente, que justificarían que el Tribunal intervenga antes de ser dictada la sentencia definitiva.

Es claro que la decisión recurrida no es una *sentencia definitiva*. Ya expresé que mi opinión [esbozada en el expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001, “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido, en: ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente clausura —apelación’”, y desarrollada, entre otros, en expte. n° 2778/04 “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)’”, sentencia del 16/6/2004] en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad local “no consiente, en principio —ni siquiera para la interpretación del requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal (ley nacional 48, art. 14)—, la conocida teoría de la Corte Suprema acerca de la existencia de decisiones que no constituyen sentencia definitiva, pero que, analógicamente, deben ser tenidas por tales. Mi misma opinión sólo admite una equiparación tal, cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, realiza la equiparación y requiere que el tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica (el ejemplo de la Constitución italiana y la privación de libertad)”.

2. El recurso de inconstitucionalidad y el de apelación ordinaria ante el tribunal *sólo* proceden contra sentencias definitivas, y ellas son —por regla general que casi no reconoce excepciones, menos en el sentido de la jurisprudencia de la CSJN— aquellas que dicta el último tribunal de mérito (exceptuado el recurso ordinario de apelación) reconocido por la ley de competencia para dar solución al asunto.

Una de esas excepciones, que podría tildarse de excepcionalísima, es aquella que fundó el caso “Clínica Fleming”, citado anteriormente, y estaba determinada por la extensión de la garantía constitucional que se pretendía tornar efectiva en el caso.

En otros contados asuntos también he admitido la posibilidad de equiparación de autos no definitivos a la sentencia final en el recurso de apelación ordinaria, si se invoca y acredita un gravamen irreparable (v.gr., en el voto conjunto con el juez Guillermo Muñoz en la causa “Administración General de Puertos (A.G.P.) s/queja por recurso de apelación ord., denegado, en: ‘Administración General de Puertos (A.G.P.) /GCBA (DGR) s/recurso de apelación judicial s/decisiones de la DGR’”, expte. n° 1151/01, sentencia del 4/10/2001; por mi adhesión al voto de la jueza Ana María Conde en “García Cabero, María Cristina y otro s/queja por recurso de apelación ord., denegado, en: ‘García Cabero, María Cristina y otro c/GCBA y otro s/amparo s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 3369/04, sentencia del 6/4/2005).

Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión que no es “definitiva” la carga de invocar y probar las circunstancias extraordinarias que justifiquen la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

3. Incluso ante la posibilidad excepcional de equiparación de una decisión anterior a la sentencia de mérito de la pretensión principal en casos de gravamen irreparable (debidamente fundado y acreditado), se advierte que en el caso Arcos Dorados S.A. ha modificado en sus sucesivas presentaciones las razones que invoca para justificar la irreparabilidad del gravamen, que

cumple en este recurso una doble función: por una parte, es presupuesto de procedencia de la medida cautelar, y, por otra, es condición de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad.

En la demanda, el “perjuicio inminente e irreparable” invocado por la parte era la posibilidad “de ser sometida a un proceso de tipo ejecutorio (...) ocasionando los consabidos perjuicios además del dispendio jurisdiccional que podría producirse en el supuesto que la nulidad impetrada tuviera favorable acogida” (fs. 12 vta.)

Al apelar, Arcos Dorados S.A. expresa que “en cuanto al peligro en la demora, éste se encuentra verificado por la circunstancia de que la Administración puede, en cualquier momento, iniciar la ejecución fiscal de la multa en una moneda expresada ilegalmente, esto es, en dólares estadounidenses, y calculada con una tasa de interés que resulta desmedida y usuraria” (fs. 23); agrega que “existe en nuestro derecho una relación entre los recaudos de verosimilitud del derecho y del peligro en la demora por medio del cual se acepta que, cuanto más ostensible es la verosimilitud del derecho, menor es la necesidad de acreditar el peligro en la demora” (fs. 23) y que “cuando la ilegitimidad del acto resulta manifiesta, la circunstancia de evaluar las consecuencias de la suspensión o del cumplimiento queda definitivamente relegada” (fs. 23 vta.). Señala también que “las reglas del juicio ejecutivo determinan un procedimiento de conocimiento acotado, con excepciones taxativamente admitidas y con un marco probatorio recortado. No hay dentro de las excepciones admitidas en el juicio ejecutivo ninguna que permita a mi parte oponer las defensas necesarias para pesificar la ejecución...” (fs. 24).

4. El recurso interpuesto por Arcos Dorados S.A. es manifiestamente insuficiente en cuanto pretende dar por satisfecho este recaudo objetivo de impugnación. La invocación y demostración de las circunstancias que permitan equiparar la resolución recurrida a una sentencia definitiva no sólo ha sido breve, sino —fundamentalmente— insuficiente, como se verá en el punto siguiente.

La sociedad accionante no dirige su razonamiento, como debería hacerlo, a demostrar que el perjuicio sea de insuficiente o imposible reparación posterior, se limita a mencionar la posibilidad de ser sometido a un juicio ejecutivo y el alcance acotado de las defensas que en él pueden plantearse. El argumento sólo aparentemente agrega algo al tema en consideración, pues del hecho que pudiera ejecutarse la multa y aún por el monto expresado, no se deriva necesariamente que el gravamen sea irreparable, máxime cuando la actora no expresa de qué forma la ejecución de esa deuda deja a la firma con insalvables dificultades para continuar con su actividad económica, o cuál es la relación patrimonial y financiera entre el monto de la multa y el acervo de la sociedad.

Por lo demás, la recurrente no ha expresado en sus presentaciones: a) por qué razón la repetición posterior, si correspondiere, sería inútil para en-

mendar el perjuicio patrimonial, y *b*) por qué motivo el requisito de “multa ejecutoriada” establecido en el art. 450, CCAYT sería insuficiente para dar tutela adecuada a la situación de su parte ante un posible proceso de ejecución (véase, del Tribunal, el precedente “Buenos Aires Container Services S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 1686/02, resolución del 13/11/2002).

En suma: las referencias efectuadas en el recurso sobre el carácter irreparable de los agravios no han sido adecuadamente fundadas, ni debidamente probadas.

5. La alegada nulidad absoluta y manifiesta de la disposición 51-DGCINT/00 y la invocación de agravios constitucionales, no son suficientes para suplir en el caso el incumplimiento del recaudo de sentencia definitiva o equiparable a tal. Por lo demás, participo de la opinión que sólo ante la existencia de peligro en la demora vinculada con los perjuicios a ocasionarse en el tiempo que insume el proceso hasta el dictado de la sentencia de fondo es posible el dictado de una medida cautelar, pues por manifiesto que aparezca el vicio del acto, en tanto las partes no sean lesionadas de modo irreparable en sus derechos, no es del caso anticipar un pronunciamiento judicial, tan siquiera precautorio.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja y dar por perdido el deposito efectuado por la quejosa.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución propuesta por mi colega el juez Julio B. J. Maier en cuanto a que el recurso de queja, deducido en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), no puede prosperar.

Arcos Dorados no logra revertir el argumento por el cual la Sala II de la Cámara deniega su recurso de inconstitucionalidad. Como he señalado en diversas oportunidades (v. gr. mi voto en el expte. n° 2778/04, “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]’”, resolución de 16/6/2004), el pronunciamiento de cámara que confirmó la resolución de primera instancia que rechazó la medida cautelar solicitada por el actor, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. Y la actora no acreditó que esa decisión le genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que cabría equiparar una resolución interlocutoria a una sentencia definitiva. Por el contrario, como advierte el juez Julio B. J. Maier en el apartado 3 de su voto, Arcos Dorados S.A. modificó en sus sucesivas presentaciones (conf. pto. VIII.3 de la demanda, fs. 12/12vta.; pto. IV del recurso de apelación, fs. 19vta./26vta.; pto. IV.1 del recurso de inconstitucionali-

dad, fs. 37/38 vta. y pto. IV de la queja, fs. 54 vta./55 vta.) los motivos que invocó para justificar la irreparabilidad del gravamen que, lógicamente, en ese contexto, no pudo probar.

2. Las razones expuestas son suficientes para no hacer lugar al recurso de queja intentado y dar por perdido el depósito (art. 35, ley 402). Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. Maier en su voto.

En efecto, el recurso interpuesto no puede prosperar pues las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva.

Por otra parte, y más allá de una referencia meramente genérica, la recurrente no acreditó las circunstancias que —a su juicio— permiten considerar la decisión equiparable a definitiva a efectos de justificar la intervención de este Tribunal mediante el recurso de inconstitucionalidad. La falta de este recaudo sella la suerte del recurso, correspondiendo el rechazo de la queja (conf. mi voto en “Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo —art. 14, CCBA—’”, expte. n° 2778/04, sentencia dictada el 16/6/2004).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

El recurso de inconstitucionalidad ha sido articulado contra una sentencia que no es la definitiva, ni muestra el recurrente que sea equiparable a tal.

Asimismo, el quejoso sostiene que la suspensión solicitada tiene sustento en el art. 450, CCAyT y en la doctrina generada en torno a él, por lo que la cámara al denegarle la medida peticionada habría vulnerado su derecho de defensa.

Tampoco logra demostrar con este agravio que la resolución recurrida sea de imposible reparación ulterior. El mentado artículo tiene por objeto ventilar, en los procesos ejecutivos, los defectos de los títulos sobre cuya base se los insta. Esta defensa podrá ser esgrimida, si así lo entendiera pertinente, en el supuesto que la administración pretendiere ejecutarle un título que no se encuentra entre los allí enunciados. No en un juicio de conocimiento como el *sub examine*.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo sostienen el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 76/78 vta.), el presente recurso de queja debe ser rechazado.

2. En numerosas oportunidades el Tribunal ha señalado 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*, 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. n° 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, Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

Por este motivo, corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva (como en el caso) la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

3. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la quejosa se limita a manifestar, sin mayores fundamentos o pruebas, que la ejecución del acto administrativo cuya impugnación se persigue en este juicio —como pretensión principal— violaría en forma manifiesta sus “derechos de propiedad, de defensa y del debido proceso” (fs. 59) y esto le ocasionaría “consabidos perjuicios” (fs. 59 vta.). Sin embargo, estas invocaciones genéricas de agravios constitucionales no permiten soslayar que en el caso no se cumple con el recaudo de sentencia definitiva. Ello así, toda vez que los perjuicios nunca son supuestos o consabidos y la magnitud de éstos debe ser acreditada con nitidez. En suma, las referencias efectuadas en el recurso sobre el carácter irreparable de los perjuicios no han sido adecuadamente fundamentadas ni debidamente probadas.

Por lo demás, tal como lo advierte en el punto 4 de su voto el señor juez de trámite, la recurrente tampoco ha argumentado de manera concreta cuál es el daño irreparable que se generaría ante el hipotético inicio por parte del GCBA de un proceso ejecutivo para el cobro de la multa impuesta mediante la atacada disposición 51-DGCINT/00, teniendo en cuenta la doctrina de este Tribunal que ha puesto de resalto que en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sólo las “multas ejecutoriadas” son susceptibles de cobro judicial por vía de ejecución fiscal, como lo dispone de manera expresa y clara el art. 450, CCAyT (conf. “Buenos Aires Container Services S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Buenos Aires Container

Services S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales””, expte. n° 1686/02, sentencia del 13/11/2002), en tanto del art. 18, C.N. se desprende que *ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso* (el destacado ha sido añadido).

En virtud de las consideraciones expuestas, el recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente desestimado por el tribunal *a quo*, y la presente queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Arcos Dorados S.A. a fs. 54/67, y dar por perdido el depósito efectuado a fs. 72.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, y se remita al tribunal de mérito para que agregue la queja al principal.

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

XXXIX

“GARAVENTA, LILIANA DORA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘GARAVENTA, LILIANA DORA C/BANCO DE LA CIUDAD
DE BUENOS AIRES S/DESPIDO””

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Caso constitucional. Empleado bancario. Redistribución de funciones. Derecho a la estabilidad propia. Derecho de propiedad. Estatuto del Personal del Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Reforma. Convención Colectiva de Trabajo n° 18/75. Ley de Contrato de Trabajo. Carta Orgánica del Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Modificación del régimen de estabilidad. Aplicación retroactiva. Empleo público. Trabajadores en general. Protección contra el despido arbitrario. Indemnización. Derecho adquirido a la reincorporación

Expte. n° 4180/05 - 15/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mediante resol. 26/96 la presidencia del Banco de la Ciudad de Buenos Aires dispuso “desvincular” a la Sra. Liliana Dora Garaventa del Banco. La Sra. Garaventa planteó el 15/9/1997, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda (fs. 10/23, expediente principal) dirigida contra el Banco tendiente a que: *a)* se ordene su reincorporación como empleada del banco, con la jerarquía presupuestaria de jefe de Departamento; *b)* se la indemnice por los haberes caídos desde su separación hasta su efectiva reincorporación, y *c)* se resarza del daño moral sufrido como consecuencia de la ilegítima extinción de la relación de empleo.

También solicitó, en forma subsidiaria a la reincorporación, una indemnización consistente en el pago de los salarios que corresponderían al período incluido entre su egreso y la fecha de su jubilación, más sus intereses. La actora estimó la indemnización debida como pretensión subsidiaria en la suma \$ 762.997,16. En relación con este resarcimiento, se plantea en la demanda la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la L.C.T., por reputarlo violatorio de los arts. 14, 14 bis, 17 y 28, C.N., así como del principio de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo.

La actora fundó su demanda en que la resol. 26 tuvo como único fundamento la resolución del directorio 1159/96 que autoriza al presidente del Banco a realizar una redistribución de funciones. Además, se afirmó en el escrito que la modificación del régimen de estabilidad (de propia a impropia) de los empleados del Banco, dispuesta con posterioridad a su ingreso, no puede alterar su derecho subjetivo a la estabilidad propia, pues es un derecho reconocido voluntariamente por el Banco, que integró el contrato de empleo público. Agregó que ese derecho a la estabilidad propia —reconocida en el Estatuto que regía al tiempo de su incorporación al banco—, integra el derecho de propiedad, en sentido constitucional.

La parte demandante también sostuvo que el acto cuestionado es inconstitucional, pues al no mediar sumario administrativo, carece de motivación y de causa. Atacó también la resolución del directorio 1159 porque realizó una delegación de facultades “indelegables”. Sostuvo que, por la Carta Orgánica, esas facultades sólo pueden ser ejercidas por el directorio. Objetó también la posibilidad de que la decisión de presidencia sea posteriormente convalidada por el directorio porque, en tal caso, estaría ratificando una medida cuya delegación no está prevista en la ley.

2. El Banco demandado se opuso a las pretensiones de la actora. Consideró legítima la cesantía motivada en la reestructuración del banco, con fundamento en el art. 16, inc. c) del Estatuto del Personal del Banco Ciudad, vigente desde 1992, que posibilita la separación del personal mediante pago de indemnizaciones. Agregó que la actora fue previamente indemnizada con la suma de \$ 59.770,02. El demandado indicó también que la norma aplicada rige desde 1992 y no fue impugnada ni atacada de nulidad por la contraria.

Sostuvo que la reforma del Estatuto fue legítima, pues se basó en el dec. PEN 1917/91, referido a la reorganización de la banca oficial. Cuestionó el derecho a la estabilidad propia, invocado por la actora, pues la modificación al régimen de estabilidad le es plenamente oponible (fs. 176/182).

3. Radicadas las actuaciones en la justicia local (fs. 312), el juez de primera instancia rechazó la demanda (fs. 397/407).

4. La actora apeló la decisión (fs. 410 y 424/437). Previo traslado a la contraria —que fue contestado a fs. 441/448—, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia recurrida (fs. 450/456).

5. La Sra. Garaventa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 464/477 vta.) que, luego de ser contestado por el Banco (fs. 479/484), fue denegado por al Sala (fs. 486/487).

6. Contra el rechazo, la actora planteó el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto plantea que debe hacerse lugar a la queja y rechazarse el recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte actora.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma, exigidos ritualmente (art. 33, ley 402).

En contra de lo que se afirma en la resolución que declaró inadmisibile el recurso (en particular, conf. fs. 486 vta., punto 3, párr. 2º) la actora, en la demanda, planteó diversas cuestiones constitucionales, de las cuales sólo ha mantenido y replanteado en todas las instancias que la desvinculación afectó su derecho a la estabilidad en el empleo público —por tratarse de un Banco que es un sujeto de carácter público del Gobierno local— y su derecho adquirido a un régimen laboral de estabilidad propia emergente del estatuto de personal vigente al momento en que ella ingresó a la institución. La actora afirma tener un *derecho subjetivo* a la estabilidad propia, que está amparado por la protección constitucional a la propiedad. De tal manera, funda la cuestión constitucional en los arts. 14 bis y 17 de la C.N. Por lo contrario, la actora no insistió en la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio conforme a la Ley de Contrato de Trabajo que planteara en su demanda.

Aunque en la queja y en el recurso de inconstitucionalidad que la precede la actora efectúa numerosas menciones a los requisitos del recurso extraordinario federal, en el punto VI de su presentación (fs. 51/52) la quejosa menciona los recursos de la ley 402 y refuta las razones dadas por la Cámara para denegar el de inconstitucionalidad.

Por consiguiente, en este aspecto, la queja debe ser admitida.

2. En las instancias anteriores se tuvo por acreditado que se efectuó una reorganización administrativa en el Banco de la Ciudad. También se afirmó que la actora no probó la desviación de poder que invocara para descalificar el acto de desvinculación. Los hechos así establecidos son los que debo tomar en cuenta para decidir el caso.

También se dijo que la relación laboral que existió entre las partes fue de derecho privado y no administrativa, cuestión que, por resolverse sobre la base de reglas infraconstitucionales (carta orgánica del Banco, Ley de Contrato de Trabajo, estatuto, convenio colectivo), debe ser admitida como parte del sustrato sobre el que se dará tratamiento al agravio admitido.

3. Los empleados bancarios, con anterioridad a la reforma constitucional de 1957, se regían por la ley 12.637, del año 1940, que en su art. 2º, inc. a), estableció “el derecho a la estabilidad” de tales empleados. El dec. regl. 20.268/46 preveía que en caso de despido injustificado de los trabajadores bancarios, debían ser reincorporados y, en caso de que el empleador no se aviniere a ello, la norma disponía que se abonasen las remuneraciones que correspondieren al empleado hasta que se le otorgara el beneficio jubilatorio (art. 6º). La CSJN declaró inconstitucional ese régimen (*Fallos*, 273:87) por considerar que “el pago a que se refiere el art. 6º, apartado 3º, del dec. 20.268/46, al consagrar el privilegio de percibir un sueldo sin contraprestación de trabajo, viene a constituirse en una especie de renta vitalicia gratuita fundada en la sola voluntad del legislador, que asegura a los beneficiarios una ganancia cierta sin actividad alguna de su parte”.

Poco tiempo después de ese fallo, se dictó la llamada ley *de facto* 18.598, de 1970, que modificaba la ley 12.637. La nueva ley, aunque mantuvo la reincorporación del trabajador despedido sin justa causa, sustituyó el pago de las remuneraciones hasta la jubilación por una indemnización especial. El despido incausado del trabajador bancario era tratado como un ilícito contractual ineficaz para romper el vínculo laboral, situación que sólo se producía al negarse el empleador a cumplir la sentencia judicial que lo obligaba a reincorporar, resultando el trabajador acreedor de los salarios devengados durante toda la sustanciación del proceso. En 1981, la ley 22.425 derogó el régimen de la ley 12.637 y de sus normas reglamentarias y modificatorias.

En este caso, los trabajadores nucleados en la Asociación Bancaria y el Banco Ciudad (entre muchos otros) acordaron reglar sus relaciones de empleo mediante la CCT 18/75. A su vez, el Estatuto del Personal del Banco de la Ciudad de Buenos Aires remite, en su art. 41, a la convención colectiva y a la Ley de Contrato de Trabajo en todas aquellas cuestiones no previstas expresamente en él. Finalmente, la Carta Orgánica del Banco autorizó al directorio a determinar el régimen de estabilidad de sus empleados.

4. La cuestión a decidir consiste en determinar si la modificación del régimen de estabilidad, ocurrido para los trabajadores del Banco de la Ciu-

dad, al reformar el directorio el estatuto del personal, se contraponen al art. 14 bis.

Se suele admitir que la estabilidad propia o absoluta implica impedimento para despedir (salvo justa causa), así como la obligación patronal de reincorporar al empleado en caso de producirse el despido. En cambio, la estabilidad impropia o relativa no prohíbe el despido, pero si éste es dispuesto sin justa causa, el empleador debe indemnizar. Con esta distinción, parece lógico estimar que el art. 14 bis, al proteger contra el despido arbitrario (en el empleo privado) obliga a consagrar allí la estabilidad impropia o relativa; y al garantizar la estabilidad del empleo público, cubre a éste con la estabilidad propia o absoluta (véase BIDART CAMPOS, Germán: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, 1995, p. 579).

Se advierte claramente que la Constitución prevé dos formas de protección de los trabajadores y que no emplea la misma terminología en cada caso. En el primero, tratándose del empleado público, se habla de *estabilidad* y en el segundo, de trabajadores en general —también se establece la protección contra el despido arbitrario—. La distinción es indicativa de que ambos casos no están referidos al mismo concepto.

Consecuentemente es posible afirmar que no existe un derecho constitucional de la actora a la estabilidad en su empleo en el Banco Ciudad, y, en consecuencia, la modificación estatutaria, *per se*, no vulneró ese principio constitucional.

5. El contrato de trabajo, por el cual se incorporó la actora al Banco, la introdujo en una situación regida no sólo por el contrato sino por un conjunto de normas que integran naturalmente el contenido del régimen jurídico aplicable, y que pueden ir mutando a lo largo del tiempo. Así, la Ley de Contrato de Trabajo, la Carta Orgánica del Banco, el Estatuto para sus empleados, la convención colectiva que rige la actividad del sector, las normas reglamentarias de las autoridades administrativas, impactan en el contenido de los derechos y deberes de las partes contratantes. La posibilidad de extinguir la relación por el empleador sin expresar la causa y también la indemnización correspondiente (arts. 245 y 246, L.C.T.) estaban previstas en el plexo normativo que enmarcó el contrato de la Sra. Garaventa.

6. La tutela de la propiedad constitucional que invoca la actora, exige ponderar si el régimen normativo general vigente al momento de contratar se incorporó al ámbito de sus derechos (como derecho adquirido).

Al considerar el problema de la irretroactividad de la ley, Eduardo Novoa Monreal expone claramente la situación: “El problema surge con el derecho de propiedad privada, con otros derechos subjetivos o con las obligaciones y derechos derivados de un contrato, obtenidos o celebrados bajo una ley después derogada, en cuanto ellos se prolongan o pueden prolongarse en el tiempo y alcanzar momentos en los que rige ya otra ley diversa, que no los recono-

ce o que los modifica” (autor citado, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 8ª ed., Siglo XXI, México, 1986, p. 171). Ello es exactamente lo que ocurre en el caso. Las instancias anteriores consideraron que la actora no contaba aún con un derecho adquirido, pues la posibilidad de reingreso al cargo ante un supuesto de despido injustificado era sólo una expectativa, que pudo legítimamente modificarse, en atención a la conocida doctrina de la CSJN referida a que nadie tiene un derecho subjetivo a la inmutabilidad del derecho objetivo; y esto tampoco ha sido refutado por la parte recurrente.

A partir de la fecha en que entra en vigencia la nueva norma y deroga a la anterior, si se admite que ésta, pese a haber fenecido, sigue rigiendo la relación laboral aun en contra de los diversos actores que consensuaron el nuevo marco jurídico de la relación laboral, se plantea un supuesto de “ultraactividad” de una disposición ya extinguida, “que, al igual que el Cid, triunfaría después de muerto, en contra de los intereses colectivos representados por la ley nueva y vigente” (aut. y ob. cit., p. 172).

En tanto la nueva norma no interfiere en los efectos ya cumplidos de la relación jurídica no cabe hablar con propiedad de retroactividad o afectación de derechos adquiridos, ya que la norma posterior puede, legítimamente según los principios jurídicos constitucionales, desconocer derechos reconocidos en la norma anterior, con tal de que ello suceda solamente a partir de la fecha en que entró en vigencia la regla derogatoria.

La aplicación de la norma vigente al momento de la extinción de la relación no plantea un caso de *retroactividad*; todo parece indicar que sólo se trata de la aplicación del principio según el cual los actos se someten a las condiciones normativas del momento en el que son dictados: la regla *tempus regit actum*.

7. La forma jurídica adoptada por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires no determina la forma en que deben ser considerados sus empleados. Es claro que, como ha sido detalladamente señalado por el *a quo*, las normas de la ex Municipalidad y las actuales de la Ciudad referidas a los empleados públicos no abarcan a los empleados del Banco de la Ciudad.

Mas, aunque la naturaleza de ente autárquico del Estado local que caracteriza al Banco demandado hubiese inducido a la actora a pensar que su relación laboral debía regirse por reglas de derecho administrativo, es menester tomar en cuenta que la reorganización administrativa es causa legítima para extinguir la relación de empleo, con una justa indemnización compensatoria, incluso en los casos de empleados públicos con estabilidad. La recurrente tampoco ha refutado los fundamentos expuestos por los jueces en ese sentido. Aunque ella reitera su planteo referido a su derecho a la estabilidad constitucional, nada expresa sobre la legitimidad de la extinción de la relación de empleo en atención a la reorganización y al redimensionamiento de las estructuras burocráticas y financieras del Banco.

Conviene recordar —concordantemente con lo fallado en las instancias anteriores— que el derecho a la estabilidad de los empleados públicos (art. 14 bis, C.N.), como todos, no es absoluto y puede estar sujeto a reglamentación. Su carácter relativo posibilita que se restrinja su alcance en determinados supuestos de excepción (la modificación o supresión de estructuras o unidades son algunas de ellas) y se le reconozca al agente el derecho al pago de una indemnización razonable (art. 17, C.N.). El constituyente no ha dispuesto, entonces, una estabilidad absoluta, sino una de carácter relativo, que pretende conciliar los intereses públicos con las garantías de los empleados. De tal manera, el alcance que la Sra. Garaventa pretende asignar a la garantía de la estabilidad en sentido propio (reposición en el cargo o pago de salarios hasta el momento de jubilarse) no tiene asidero en el sistema jurídico argentino y ha sido rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete final de la Constitución federal

8. En suma: la actora no estaba sometida al régimen y tutela del empleo público, la estabilidad propia no tiene las consecuencias que la actora pretende, ni ella es titular de un derecho subjetivo a la estabilidad, de acuerdo con una norma derogada.

Las sentencias de ambas instancias que rechazaron su demanda son correctas y, por ende, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

Las costas del recurso se imponen a la parte vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el juez Maier en que el recurso de inconstitucionalidad debió ser concedido, por lo que la queja debe prosperar. Asimismo en que, habilitada esta instancia, los agravios traídos por la parte recurrente no conmueven lo resuelto por la Cámara, cuya sentencia debe ser confirmada.

2. La recurrente sostiene que ha quedado incorporado irrevocablemente a su patrimonio el derecho a la estabilidad propia tal como estaba legislado al tiempo en que ingresó como dependiente del Banco demandado. En verdad, su argumento llevaría a tener por adquirido el derecho al mantenimiento de las mejores condiciones que, cualquiera fuera su fuente —legislación, convenio colectivo o contrato individual—, hubieran regido la relación jurídica y las consecuencias de cuya extinción constituyen la materia de estas actuaciones.

Una primera cuestión que debe ser despejada es cuál es o era la fuente del derecho a la estabilidad propia que invoca la actora. Si lo fuera el contrato celebrado por los litigantes, cuya existencia no se discute, aunque quizás sí su contenido, sería derecho amparado por el art. 17, C.N. y consecuentemente por la de nuestra ciudad. No, en cambio, si no hubiera sido dispuesta más que por la legislación, o aún por el convenio colectivo, si ése hubiera sido el caso, toda vez que no cabe reconocer derechos adquiridos al mantenimiento de un régimen normativo de alcance general. En tal sentido se expidió a fs. 10,

con cita de precedentes de la CSJN (*Fallos*, 267:247; 308:199 y 316:2483), el magistrado de primera instancia, luego confirmado por la Cámara *a quo* a fs. 29 vta.

En el caso que nos ocupa, no encontraron ni la Cámara *a quo* ni el juez de primera instancia que el contrato individual contuviera pacto de esta especie. En este sentido, la sentencia de primera instancia reza: “[e]s claro que los sucesivos Estatutos del personal aprobados por el directorio de la entidad demandada constituyen normas heterónomas, que no se incorporan a los contratos individuales que ésta tuviera con sus empleados” (fs. 9 vta.), decisión confirmada por la resolución de Cámara. Habría sido menester a ese fin constatar una circunstancia de hecho consistente en un intercambio de oferta y aceptación en condiciones que la ley común reputase suficientes como para tener por ocasionado el hecho de manifestar una voluntad coincidente. Obviamente, no basta la constatación de conductas que puedan ser alternativamente vistas como cumplimiento de una obligación legal y contractual de idéntico contenido, puesto que ello, por hipótesis, tornaría imposible discernir entre una y otra fuente, de modo que lo que para uno podría ser observancia de la ley para otro lo sería del contrato. Para establecer que un compromiso contractual había quedado sellado, la sentencia debió haber hecho referencia a ese contenido y a las razones que la llevaban a tenerlo por acordado entre los contratantes. No lo hizo sino que, por el contrario, estimó que “[l]a estabilidad propia que establecía para los empleados del Banco el Estatuto de 1976 [resol. 1318/76], en ese sentido era una expectativa que se encontraba sujeta a su vigencia en el tiempo. Va de suyo que dicha vigencia podía mantenerse siempre que de otra norma de igual rango no resultara su derogación...” (sentencia de Cámara, fs. 29 vta.). A su turno, las conclusiones de los jueces de mérito acerca de los hechos no podrían, como principio, ser revisadas por este tribunal.

No varía lo expuesto la circunstancia de que aquel régimen de estabilidad propia proviniese de una resolución adoptada por el directorio de la entidad contratante, la que lleva el n° 1318/76. Ello es así, porque los jueces de mérito, cuyo criterio al respecto no nos toca examinar, han visto en ese acto un reglamento proveniente de la autoridad con competencia para regular la materia (otorgada por el art. 21, inc. b) de la Carta Orgánica del Banco, t.o. por dec. ley 9372/63), y no uno conformador de la voluntad contractual de la entidad demandada. Esta apreciación no merece reparo, toda vez que la diversidad de facultades puestas en movimiento en el caso de un reglamento o de un contrato posibilitan discernir entre el producto de unas y otras, y ello, a su turno, entre unas y otras consecuencias.

Ello bastaría para descartar el agravio, si no viniese apoyado en la aseveración de que corresponde asumir, como integrando la voluntad de las partes, la totalidad del régimen normativo general que disciplina su acuerdo. Al abrigo de esta idea, la ley de locaciones integra el contrato de arrendamiento,

la Ley de Sociedades el de sociedad colectiva, la Ley de Seguro cada seguro y la ley de quiebras toda obligación comercial, en el sentido preciso de constituir una porción de las manifestaciones de voluntad intercambiadas, obviamente, en la mayor parte de los casos, tácitamente.

Ciertamente, nada impide que las partes de un contrato pacten compromisos consistentes en el mantenimiento, para el supuesto de cambio del orden normativo, de consecuencias jurídicas que emergen, al tiempo de su celebración, del régimen legal vigente. Estos compromisos serían válidos en tanto el régimen sobreviniente no fuese de orden público, esto es, susceptible de quedar declinado por disposición de parte. Pero, no se infiere de ello que todo contrato supone la voluntad de mantener una determinada solución jurídica determinada por ley al tiempo de su celebración. Por el contrario, es perfectamente concebible que algunos quieran el mantenimiento de la ley, y otros no, por lo que pactarán conforme sus previsiones y capacidad negociadora. Hasta aquí, el contenido de la voluntad contractual es un hecho cuya existencia y modalidades deberá establecer el juez de mérito sobre la base de la prueba reunida.

Si la tesis se extiende hasta afirmar que el contrato necesariamente absorbe el régimen legal vigente al tiempo en que es celebrado, no puede decirse que sea novedosa, ni compartida por la jurisprudencia. En la causa “Horta c/Harguindeguy” (*Fallos*, 137:47) la Corte encontró un derecho adquirido en los contratos de locación celebrados con anterioridad a un régimen de emergencia locativa, y con base en él dispuso que no era aplicable a los contratos por plazo cierto la congelación del precio de la locación. La doctrina va más allá del problema que nos ocupa, en tanto descarta a una ley de orden público, pero implica, en el modo que fue enunciada, la idea que estoy analizando, toda vez que, con más razón, los contratos celebrados bajo la ley anterior no habrían sido alcanzados por las disposiciones supletorias de la nueva. En “Avico c/De la Pesa” (*Fallos*, 172:21) fue explícitamente abandonada aquella tesis que mantenía la vigencia del contrato frente a una nueva ley de orden público.

La tesis según la cual basta haber celebrado un contrato durante la vigencia de una ley para tener por incorporados a aquél los contenidos de ésta lleva a consecuencias absurdas que obligan a descartarla. Ya vimos que supone en los contratantes una voluntad que en la mayor parte de los casos les es ajena. La tesis de la incorporación al contrato implica una imposición a los contenidos contractuales equivalente al orden público, si se supone imposible pactar en contrario, o muy cercana, si se exige pacto expreso en contrario, suponiendo que sea válido por no ser régimen de orden público el renunciado para el futuro. Además, pone al legislador un límite que no proviene de la Constitución. Con arreglo a ella, toda ley puede ser revocada por una posterior. Si partimos del supuesto de que las partes no pactaron cláusulas específicas de mantenimiento de un régimen, las consecuencias derivan solamente

de la ley vigente, y su modificación plena, aún para esos contratos, no requiere más que la aplicación, también plena, de la regla *lex posterior derogat priori*. Por otra parte ¿por qué suponer que los contratos se rigen por la ley del tiempo de su celebración? ¿Por qué no una intermedia entre la celebración y el diferendo que se ha de dirimir? Según esta tesis, el legislador solamente disciplinaría relaciones jurídicas posteriores a la promulgación de la ley, es decir, dividiría a la sociedad en dos sectores, quienes ya contrataron y quienes lo harán. Aun cuando en algunos supuestos pueda verse en la tesis vocación por tutelar la posición del más débil, en la mayoría de los casos, la situación sería la inversa, el fuerte se garantizaría contra la tutela de la ley. Finalmente, como el derecho objetivo que, en la tesis que examino, quedaría convertido en cláusula implícita del contrato celebrado durante su vigencia, contiene también aquella recordada regla según la cual sus contenidos generales pueden ser válidamente variados pues no existen derechos subjetivos a que permanezcan, en definitiva la alteración de los derechos incorporados por esta vía al contrato sería posible en virtud de una cláusula “contractual”.

Si bien el recurrente realiza una cita de la primera parte del art. 3° del Cód. Civil, no busca apoyo para la cuestión relativa a la vigencia intertemporal en el último párrafo de ese artículo y, por lo tanto, no ha traído esa cuestión como parte de ninguno de los agravios. Por lo demás, puede suponerse rechazada tácitamente en razón de la inteligencia que cabe atribuir dicha norma y a la legislación local sobre cuya base ha sido resuelto el pleito, en términos que, por lo dicho, no pueden ser revisados.

3. Un segundo agravio busca apoyo, al reconocimiento de la estabilidad propia, en una interpretación del art. 14 bis, C.N. según la cual dicha norma, a diferencia de lo que dispone en materia de derecho privado —protección contra el despido arbitrario—, asegura, al empleado público, la estabilidad sin matices, por lo que ésta no puede sino ser la denominada propia por la doctrina.

Ciertamente, la Constitución Nacional contiene previsiones distintas en el caso de uno y otro tipo de empleo, circunstancia que obedece a las características de la persona y de los actos del empleador contra los que busca proteger. La CSJN, según recordaron la Cámara *a quo* y el juez de grado (fs. 29/29 vta. y 7/8, respectivamente), tiene resuelto, desde la primera oportunidad en que el planteo fue formulado, que la estabilidad del empleado público no es absoluta sino que puede ser compensada, y ha admitido como suficiente una compensación similar a la que se acuerda en el supuesto de rescisión arbitraria del empleo privado (*Fallos*, 250:418; 266:159; 306:76; 307:1189; 310:1065; entre muchos otros). Ha visto como fundamento de ello la tesis según la cual los derechos reconocidos en la Constitución Nacional no son absolutos sino que todos son susceptibles de reglamentación, y la indicada más arriba como una razonable, a la luz de las situaciones excepcionales en las que fue aplicada.

En 1962, cuando aún estaba fresca la obra de la convención que incorporó el art. 14 bis a la C.N., la Corte Suprema se expedía en el sentido antes expuesto. Allí el máximo tribunal federal dijo: “[q]ue el art. 14 nuevo, C.N. establece ciertamente la ‘la estabilidad del empleo público’, pero el derecho que acuerda tal precepto, como todas las normas constitucionales, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan —*Fallos*, 250:418, consid. 2º y sus citas—. En cuanto tales leyes sean razonables, sus disposiciones serán también obligatorias e insusceptibles de tacha de constitucional —*Fallos*, 249:252; 250:410 y sus citas—. //6º) Que la limitación de la estabilidad administrativa, en ocasión de grave penuria nacional, respecto de los empleados que son titulares de una jubilación ordinaria o ‘prestación similar’ no importa una reglamentación irrazonable del principio constitucional. La medida es, en efecto, conducente a los fines que imponen su adopción y no adolece de iniquidad que autorice a descalificarla como arbitraria” (*Fallos*, 253:478). Cinco años después, sostuvo el mismo principio en un caso más similar al aquí traído. En ese contexto expresó que “...la estabilidad de empleado público no importa un derecho absoluto a permanecer en la función sino el derecho a una indemnización equitativa cuando, por razones de su exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado, sin culpa de este último” (*Fallos*, 272:99).

En el marco de la recordada jurisprudencia, la estabilidad garantizada por el art. 14 bis solamente podría ser perdida mediando voluntad del empleado, cuando éste renunciare o incurriere en acciones u omisiones calificables como graves faltas de disciplina, o en circunstancias que le sean ajenas cuando el legislador las escoja razonablemente como causa justificada de una extinción unilateral del vínculo y prevea compensación suficiente. El carácter justificado de la causa variará, según las circunstancias, desde escasez presupuestaria, en los casos citados como precedente, hasta otras tales como necesidades momentáneas del servicio. Lo que debe quedar excluido es el puro arbitrio los órganos estatales para disponer la separación.

En este orden de ideas, el régimen del empleo en la entidad demandada ha seguido de cerca al de los agentes de los bancos con los cuales compite, lo que explica por sí la reglamentación de la estabilidad del vínculo. A su turno, los jueces de mérito dieron por probado que la desvinculación de la actora estuvo dada en el marco de una reestructuración del banco y que ésta proporcionaba una justificación suficiente; todas ellas cuestiones de hecho y prueba ajenas, como principio, a la competencia de este Tribunal Superior. En tales condiciones, se encuentran satisfechas las exigencias que el art. 14 bis, C.N. impone para que una entidad estatal pueda disponer la cesación de relaciones de empleo público.

4. Ello sentado, no existe fundamento de base constitucional capaz de conmover los que utilizaron el tribunal *a quo* y el juez de primera instancia para arribar a su fundada decisión.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma y reúne los requisitos para su admisibilidad.

El recurso de inconstitucionalidad debe prosperar ya que introduce adecuadamente, una cuestión constitucional: la violación de la garantía de estabilidad en el empleo publico tutelada por el art. 14 bis, C.N.

De conformidad con las constancias de la causa y como lo indica el juez Maier, la cuestión a decidir es si la modificación del régimen de estabilidad de los trabajadores del Banco de la Ciudad, en el caso, colisiona con el art. 14 bis, C.N.

Por resol. 1318 del 24/11/1976 (vigente desde el 1/1/1977) el directorio del Banco dictó el Estatuto que regulaba las relaciones con sus empleados. Ese Estatuto, en lo que aquí interesa, reconocía que todo el personal gozaba de “estabilidad propia”. En el año 1991, por resol. 1487 el directorio derogó la resol. 1318/76 y, en el aspecto referido admitió que el personal podía ser separado del Banco mediante el pago de la indemnización fijada por la ley 20.744 y sus modificatorias.

La actora ingresó a prestar servicios a la demandada en el año 1976, y su vínculo con el banco queda encuadrado en el Estatuto hoy derogado, que consagraba la estabilidad del empleo público en armonía con el texto del art. 14 bis, C.N., y preveía de modo taxativo las causas que podían sustentar jurídicamente la baja de Garaventa.

En virtud de las circunstancias indicadas cualquier modificación de las condiciones de estabilidad laboral que fueran perjudiciales para la accionante, resulta regresiva en relación con la situación de la que gozaba, atenta contra el carácter tuitivo propio del derecho laboral involucrado e importa una clara afectación al art. 14 bis y al art. 17, C.N. Así entendida la cuestión, una decisión judicial como la recurrida carece de fundamento legal y constitucional.

El Código Civil en su art. 3º, como lo recuerda reiteradamente la actora en diferentes presentaciones, ordena que “[a]partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”. En otros términos, el art. 3º del Cód. Civil en armonía con el art. 17, C.N. autoriza la retroactividad de la ley siempre y cuando exista ultraactividad de la garantía constitucional involucrada. Y como es sabido, la norma legal citada, aunque incluida en el Código Civil, tiene aplicación en todas las ramas del derecho positivo argentino.

En consecuencia, las modificaciones introducidas por la resol. 1487/91 en la relación de trabajo entre la actora y el Banco Ciudad de Buenos Aires, resultan —en lo que aquí interesa— plenamente válidas siempre que no lesio-

nen o afecten garantías constitucionales, como lo es la estabilidad en el empleo público para quienes gozaban de ella al tiempo del cambio de régimen laboral.

No es útil aquí entrar en la extensa y no siempre fértil diferenciación entre clasificaciones sobre la estabilidad laboral, entre otras razones porque esas distinciones suelen incidir en detrimento de aquella garantía. Me limitaré, pues, a señalar que cualquier relación de trabajo goza de algún grado y forma de estabilidad, cuya regulación depende de distintos factores.

Tanto en el marco de la relación de trabajo regida por la Ley de Contrato de Trabajo, como en el ámbito del derecho público existe garantía de estabilidad en el empleo; sólo varían su alcance y la dimensión de su protección. En el caso de la Ley de Contrato de Trabajo, la estabilidad está basada en el principio de que la relación de trabajo es por tiempo indeterminado (conf. art. 90, L.C.T.). En materia de empleo público la protección es más amplia, pues no existe la franquicia consagrada en el régimen de la ley de contratos para que el empleador pueda limitar su responsabilidad a una indemnización forfataria en el caso de despido injustificado del trabajador. En efecto, el Estado en el ámbito del empleo público no puede disponer una cesantía injustificada sin incurrir en plena responsabilidad y el afectado puede reclamar su reincorporación al puesto de trabajo. No es el único caso en el cual la estabilidad laboral está reforzada. Otra forma de tutela especial en esta materia surge de la ley 23.551 respecto de los trabajadores que ejercen una representación sindical (conf. art. 50 y concs. de la ley citada).

En síntesis, para cualquiera de los sistemas considerados, las reglamentaciones de derechos y garantías constitucionales son válidas en tanto no anulen o tornen ilusorio el derecho o garantía en juego.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el art. 14 bis, C.N., al establecer imperativamente que las leyes asegurarán la estabilidad del empleado público, proscribe la ruptura discrecional del vínculo por el Estado (*Fallos*, 269:230).

Una interpretación regresiva del régimen de estabilidad de Garaventa, vulnera los arts. 14 bis y 17 de la C.N., art. 3° del Cód. Civil e infringe normas de jerarquía constitucional. Así ocurre con el art. 2° del PIDESc que impide la regresividad en materia de efectividad de derechos reconocidos por ese instrumento (conf. art. 2.2, PIDESc) y, aunque el Pacto no alude expresamente a la estabilidad laboral, dispone que “[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado” (art. 5.1., PIDESc). De todas formas, al hablar el Pacto de “condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo” y “condiciones de existencia digna” para los trabajadores y sus familias, fácil es concluir que para lograr esas condiciones, la estabilidad laboral viene a ser un requisito indispensable.

Por otro lado, es jurídicamente inviable sostener cualquier forma de consentimiento tácito por parte de Garaventa respecto a la validez del nuevo régimen. Esa hermenéutica está vedada por los principios generales del derecho del trabajo (arts. 14 bis, C.N. y 43, CCBA) y por disposiciones legales expresas (conf. arts. 7º y 12, L.C.T). Una de las irradiaciones del principio protectorio en materia laboral es el de irrenunciabilidad y, como muy bien señala la actora, ésta no objetó la nueva normativa en lo que hacía a la estabilidad en la inteligencia de que las modificaciones introducidas sólo resultaban aplicables a las relaciones laborales que se constituyeran en el futuro.

En atención a la solución que propicio es innecesario considerar la inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la L.C.T.

Por lo expuesto, voto por: 1) Hacer lugar a la demanda interpuesta por Liliana Dora Garaventa contra el GCBA. 2) Disponer, dentro del quinto día de notificada la presente, la reincorporación de la actora en el cargo en que venía prestando servicio o equivalente —presupuestaria y jerárquicamente— en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires; 3) Condenar a la demandada al pago de los haberes devengados desde la fecha del cese hasta la efectiva reincorporación con más sus intereses desde igual período, para cuyo cómputo se aplicara la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de préstamo. El presente crédito reviste carácter alimentario. 4) Costas a la demandada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso planteado fue interpuesto en tiempo y forma. La queja discurre sobre la eventual afectación del derecho consagrado en el art. 14 bis, C.N., con lo cual se encuentra correctamente planteado un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. La actora reclama —en su carácter de empleada del Banco de la Ciudad de Buenos Aires— su reincorporación a la entidad, pues entiende que su desvinculación fue dispuesta sin causa lo que afectaría el derecho a la estabilidad del empleado público, de raigambre constitucional.

En relación a este punto, resultan elocuentes los argumentos vertidos por los jueces Dres. Maier y Lozano en sus votos, a los que me remito por compartir lo allí expuesto. En efecto, la garantía de estabilidad del empleado público expresada en el art. 14 bis C.N. no implica un derecho absoluto del agente despedido a ser reincorporado cuando resulta desvinculado sin que exista una causa que le sea imputable. Lo que la cláusula constitucional asegura es, en cambio, el derecho a obtener una indemnización equitativa en caso de producirse tal supuesto, así como también que el acto administrativo que dispone el despido del agente sea plenamente legítimo, en cuanto a su legalidad como especialmente en la razonabilidad del motivo que lo origina (reestructuración, desaparición del cargo, etc.). El cumplimiento de estas exigencias concilia adecuadamente el derecho del trabajador a no ser desvincu-

lado abusivamente con la prerrogativa estatal referida a la implementación de las diversas políticas públicas.

3. La actora funda su derecho a ser reincorporada a la entidad bancaria en la “inalterabilidad de los derechos adquiridos” en tanto ello estaba previsto en el régimen jurídico vigente al momento de su incorporación.

El art. 3° del Cód. Civil, que pese a situarse en un texto legal de carácter privado, informa al ordenamiento jurídico todo, es donde encuentra su sustento la teoría de los derechos adquiridos (de acuerdo con la redacción original de la norma). Sin embargo, tal como lo expondré a continuación, la actora no tiene un derecho adquirido a ser reincorporada.

La reforma de la ley 17.711 modificó el texto del art. 3° del Cód. Civil y estableció, con claridad, los dos principios fundamentales del orden jurídico vinculados al reemplazo de un ordenamiento legal por otro: el principio de “irretroactividad” de la ley y el principio del “efecto inmediato” de las nuevas normas. Mientras el primero veda la aplicación de la nueva ley a situaciones pasadas bajo la vigencia de una ley anterior, el segundo dispone la aplicación inmediata de la nueva ley (“las leyes se aplican desde su entrada en vigencia...”), reforzando la obligación de aplicarla a las situaciones pendientes o en curso de ejecución (“...aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...”), excepto que se trate de normas contractuales supletorias.

La relación de empleo público se rige por normas imperativas y, al momento de ser modificado el régimen de estabilidad de los empleados del Banco Ciudad, el contrato laboral de la actora se encontraba “en curso de ejecución”, por lo que corresponde la aplicación de las nuevas disposiciones hacia el futuro. Ningún derecho adquirido tiene entonces la accionante a ser reincorporada, pues la desvinculación aún no se había dispuesto a la fecha en que cesó tal prerrogativa por decisión de las autoridades que modificaron el régimen establecido anteriormente. En efecto, el “derecho adquirido” es, por definición, un derecho que puede ejercerse actualmente por hallarse reunidos todos los presupuestos necesarios para su constitución y al cual el ordenamiento jurídico debe protección; por el contrario, la posibilidad —prevista en el régimen jurídico anterior— de exigir la reincorporación consistía en una mera expectativa (de convertirse, llegado el caso, en un derecho) susceptible de ser dejada sin efecto por un régimen de estabilidad posterior.

Por otra parte, las atribuciones del directorio del Banco de la Ciudad de Buenos Aires conferidas por la Carta Orgánica de la entidad (dec. ley 9372, modificado por las leyes 19.642 y 22.301) y las sucesivas leyes que dispusieron la reestructuración de la banca oficial, relacionadas en las sentencias de las instancias anteriores, dan cuenta de la validez del nuevo régimen en materia de estabilidad de los empleados del Banco. Por ello, y teniendo en cuenta, además, la doctrina de la CSJN en cuanto a la inexistencia de derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones (*Fallos*, 267: 247;

308:199; 316:2483), el derecho de la Sra. Garaventa se agota con la indemnización otorgada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mis colegas en cuanto sostienen que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora fue incorrectamente denegado por el tribunal *a quo*. En efecto, la recurrente ha logrado configurar de manera suficiente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. En primer término, debe destacarse que ha quedado consentida la apreciación de los jueces de la causa en cuanto se afirma —a partir de la interpretación de reglas que residen en el plano infraconstitucional— que la relación laboral entre la actora y el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, según las normas vigentes al momento del distracto, se rige por el derecho privado y no por el derecho administrativo —v. sentencias de primera instancia (fs. 404, autos principales) y de Cámara (fs. 455, también de los autos principales)—. Por lo demás, y a todo evento, también se ha aclarado en las instancias de mérito que la segregación de la actora (dispuesta en el año 1996) se produjo en el marco de un proceso general de reorganización administrativa de la entidad bancaria y la interesada no ha logrado demostrar una desviación de poder que provoque la descalificación del acto de despido, según lo explica el señor juez de trámite, Dr. Julio B.J. Maier, en el punto 2 de su voto.

Así las cosas, al dejar de lado los aspectos relativos a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional —materia ajena a la vía intentada—, el problema que se plantea en el presente recurso podría resumirse de la siguiente manera: como la Sra. Garaventa ingresó a la planta del Banco de la Ciudad de Buenos Aires en el año 1976, bajo la vigencia de un Estatuto que reconocía su “derecho a la estabilidad” (la Carta Orgánica del Banco autorizó al directorio a determinar el régimen de estabilidad de sus empleados), la modificación introducida al mencionado Estatuto a partir del año 1992 —que admitió la posibilidad disponer despidos mediante el pago de las indemnizaciones previstas en la ley 20.744 y sus modificatorias—, le sería inoponible pues, de lo contrario, se estaría aplicando una norma de alcance general en forma retroactiva a situaciones jurídicas ya consolidadas, con menoscabo al derecho de propiedad y al derecho a la estabilidad en el empleo, ambos tutelados por la Constitución Nacional.

3. Desde esta perspectiva, considero que la recurrente no ha logrado demostrar que exista alguna razón válida desde el punto de vista constitucional que autorice a desplazar la disposición utilizada por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires para fundamentar su despido. En este sentido, resulta de aplicación al caso la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, básicamente, destaca que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los mismos (*Fallos*, 268:228; 308:199; 310:2845; 316:2483; 318:1237; entre

muchos otros). Asimismo, entiendo que tampoco se ha desvirtuado la sólida conclusión del tribunal *a quo* que (de la misma manera que el señor juez de primera instancia) calificó a los sucesivos estatutos de personal del Banco como normas “heterónomas” que no se incorporaban a los contratos individuales que la entidad celebraba con sus empleados. Tal aseveración permitió a la Cámara resolver la cuestión debatida con apoyo en el principio *lex posterior derogat priorem*.

En suma, considero que el derecho de propiedad de la actora, según se encuentra garantizado en la Constitución Nacional (art. 17), no se ha visto resentido en el caso, tal como se explica en los puntos 5 a 8 del fundado voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B.J. Maier, a los que me remito en homenaje a la brevedad.

Por último, tal como lo afirman en sus votos respectivos mis colegas, los Dres. Maier, Lozano y Conde, tampoco se ha acreditado que la desvinculación de la actora, en los términos que fue implementada, violente el art. 14 bis de la Carta Fundamental. En mi concepto, una vez que se ha aclarado cuál es la norma aplicable al caso (Estatuto de Personal con las reformas realizadas en el año 1991, vigentes a partir del año siguiente) y tal como ha sido encuadrada la relación jurídica entre la actora y su empleadora por los jueces de la causa —aspecto que, como se dijo, ha devenido firme—, sólo basta destacar que no se ha demostrado en el presente contencioso que la recurrente fuera objeto de un despido arbitrario y se constata que la Sra. Garaventa obtuvo con motivo de su separación del Banco de la Ciudad de Buenos Aires una indemnización dineraria de conformidad con las disposiciones que rigen en la especie, según ha sido probado en el expediente.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar admisible la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad incoado por la parte actora, con costas (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* el recurso de queja interpuesta por Liliana Dora Garaventa.

2°. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora, con costas.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

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

XL

“CAMPBELL, COLIN MUNRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA C/CAMPBELL, COLIN MUNRO S/EJECUCIÓN FISCAL —INGRESOS BRUTOS’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Juicio ejecutivo.

Sentencia definitiva. Multa ejecutoriada. Cuestiones de hecho y de prueba

Expte. n° 4093/05 - 15/3/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA inició un juicio ejecutivo 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 n° 60/02, conforme resol. 4873-DGR/01. El juez de primera instancia, con fecha 21 de agosto de 2002, no habiendo la parte demandada opuesto excepciones legítimas dentro del plazo legal, mandó a llevar adelante la ejecución.

2. El ejecutado apeló dicha resolución. Rechazada la apelación por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, el demandado interpuso el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

En dicho recurso sostiene que la multa ejecutada en autos resulta accesorio de la obligación de pago de la deuda de ingresos brutos (resol. 4873-DGR/01) y, por lo tanto la caducidad de instancia decretada a propósito del cobro ejecutivo de dicho impuesto en los autos “GCBA c/Campbell Colin Munro s/ejecución fiscal” (expte. n° 508.308) opera igual efecto sobre el presente reclamo. La solución contraria adoptada por la Cámara redundaría en escándalo jurídico, porque “[...] no puede desconocerse que la multa reclamada en autos, no resulta autónoma, sino que fue ‘originada’ en la misma [r]esolución que dispuso que el suscripto supuestamente adeudara impuestos por ingresos brutos, y ello no resulta ajustado a derecho, ya que en sede judicial se ha decretado la caducidad de instancia”. Finalmente, invoca los arts. 16, 17, 18 y concs., C.N. y el 13, CCBA.

3. El fiscal general adjunto, propicia el rechazo de la presentación directa, en tanto los pronunciamientos dictados en juicios ejecutivos no son revisables, como regla, mediante recurso de inconstitucionalidad, por no configurar sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. La quejosa no muestra que su recurso de inconstitucionalidad haya sido mal denegado.

2. Por regla general, las sentencias recaídas en juicios ejecutivos no configuran sentencia definitiva, ya que nada obsta a que sus conclusiones sean revisadas con posterioridad en un proceso ordinario (*Fallos*, 188:244, entre otros). Asimismo, no estamos en autos frente a uno de los supuestos de excepción en los que circunstancias especiales hicieren que la resolución pudiese causar un agravio de imposible reparación ulterior (*Fallos*, 167:423; 182:293, entre otros), ni la arbitrariedad invocada configura una excepción a la regla que impone ese requisito (*Doctrina de Fallos*, 304:749, 304:1717, 306:1679, 312:311, entre otros).

Los planteos esgrimidos por el apelante están dirigidos a que la resolución que recaiga sobre la obligación tributaria opere efectos también sobre la multa, pero no muestra que éste sea el proceso apto para ventilarlos, en tanto no versa acerca del establecimiento o subsistencia de esa sanción, sino que tiene por exclusivo objeto ejecutarla. En tales condiciones, el apelante no muestra que las cuestiones que introduce resulten, por su naturaleza, irreparables en un proceso posterior, por lo que la sentencia impugnada no es la definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad.

3. Por lo expuesto conforme lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar el recurso de queja impetrado.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Comparto la solución propuesta por mi colega, el juez Luis F. Lozano.

II. La decisión que se recurre no cumple con las exigencias previstas en el art. 27, L.P.T.

Por regla general, las sentencias dictadas en un juicio ejecutivo no son consideradas definitivas, en la medida que el tema objeto de debate pueda ser discutido, con mayor amplitud en otro proceso (conf., entre otros, expte. n° 2133/03, “GCBA c/Club Mediterráneo Argentina S.R.L. s/ ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 27/5/2003; expte. n° 2690/03, “Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Club Atlético River Plate s/ ejecución fiscal’”, resolución del 7/4/2004), situación que se configura en autos.

Por lo demás, tampoco el recurrente ha acreditado la existencia de un gravamen de imposible reparación ulterior que permita apartarse de la regla general enunciada.

III. En su presentación, el recurrente se limita a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida, aludiendo apenas a disposiciones constitucionales (los arts. 13, CCBA, y 16, 17, 18, C.N.), sin relacionar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004; “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración’”, expte. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

La referencia a los principios y garantías constitucionales que la recurrente considera vulnerados es por demás insuficiente. Si para la admisibilidad de un recurso como el intentado 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 (“Anapios, Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación c/resoluciones del CPCE’”, expte. n° 1844/02, resolución del 18/12/2002).

IV. Por último, debo señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las normas puestas en juego para fundar la sentencia constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, relativas, además, a cuestiones de hecho y prueba, materias no comprendidas por el recurso interpuesto ni constitutivas de la competencia del Tribunal.

V. En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta, dando por perdido el depósito integrado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por mi colega, el Dr. Luis F. Lozano, en cuanto decide rechazar la queja interpuesta.

2. La queja no contiene una crítica desarrollada y fundada de la decisión de la Cámara que rechazó el recurso de inconstitucionalidad (conf. este Tribunal *in re*: “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/01). Es de aplicación, entonces, la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al fundamento que

deben expresar las quejas por recursos denegados para habilitar la instancia extraordinaria (*Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338).

En el caso, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el *a quo*, toda vez que no se ha logrado exponer con claridad y precisión un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. La presentación del recurrente se apoya en alusiones genéricas a preceptos constitucionales que se dicen vulnerados (arts. 16, 17, 18 y concs., C.N.) pero no logra conectar de modo directo los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada, con la aplicación de las reglas constitucionales invocadas. Como ya se ha dicho en anteriores precedentes, 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 para acceder a este estrado el 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. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

Por su parte, tampoco la queja refuta debidamente los argumentos brindados por la Cámara y sólo discrepa con sus razonamientos. Valga indicar en este punto, que el Tribunal también ha dicho, en numerosas oportunidades, que tal discrepancia no significa que la oclusión por el *a quo* de este estrado resulte arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* “Federación de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

3. Adviértase, asimismo, que aspectos tales como determinar si una multa se encuentra ejecutoriada, si en la ejecución fiscal ha precluido la etapa de introducir defensas por no haberse opuesto tempestivamente excepciones, o si se configuran los supuestos que marcan la procedencia de la acumulación de procesos —esto es, el de la ejecución del Impuesto sobre los Ingresos Brutos y el de la ejecución de la multa—, son todos temas de hecho, prueba y, fundamentalmente, de derecho procesal, propios de los jueces de la causa e inatendibles, más allá del acierto o error en que incurrieran los magistrados de mérito, por la vía excepcional del recurso de inconstitucionalidad.

4. Por lo demás, no llega a advertirse que pueda configurarse un supuesto de “escándalo jurídico” en el *sub examine* en razón de que la perención de instancia ha alcanzado sólo —según se denuncia, y en otro expediente— a la ejecución fiscal del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, sin que el recurrente haya demostrado en forma concluyente que la persecución de la cobranza del gravamen no pueda hacerse efectiva mediante un nuevo juicio, cuando, corresponde enfatizar, a mayor abundamiento, que lo que podría

conducir a tal extremo sería que se hubiera dictado una sentencia en la que se declarase la inexistencia de deuda tributaria y, sin tal obligación fiscal principal, se pretendiera el cobro de una multa por omisión o defraudación del impuesto.

5. Por lo que llevo expuesto, y lo concordantemente fundamentado en el voto de mi colega, Dr. Luis F. Lozano, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, la queja debe ser rechazada y se debe dar por perdido el depósito efectuado por la recurrente.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero a los votos anteriores de mis colegas.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Colin Munro Cambell y dar por perdido el depósito efectuado.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, y se remita al tribunal de mérito para que agregue la queja al principal.

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

XLI

“MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS; MASERO, NÉSTOR LUCIO
Y OTROS S/LEY 255 (JUNÍN 1787)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Sentencia definitiva. Privación de instancia revisora.

Garantía de la doble instancia. Derecho local. Cuestiones de hecho y de prueba

Expte. nº 4087/05 - 22/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los defensores de Alfredo Luis Martínez, Néstor Lucio Masero y Jorge Ernesto Vildoza interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 159/176), uno de ellos actuando también en representación de la empresa American Data S.A., contra la sentencia de este Tribunal, de fecha 19/12/2005, que rechazó el recurso de queja deducido oportunamente (fs. 138/153).

2. La defensa solicitó la apertura de la instancia federal porque, según entiende, 1) se habría afectado “la garantía constitucional de la doble instancia [...] habida cuenta de que el *a quo* dictó sentencia sobre el recurso de revisión por aplicación de la ley contravencional más benigna en instancia única” (fs. 174); 2) se habría interpretado restrictivamente el alcance de la ley contravencional más benigna (arts. 35 y 46 del Cód. Contrav., ley 1472), y 3) existiría en el caso arbitrariedad y gravedad institucional “ante un fallo arbitrario que priva a esta parte del efectivo cumplimiento de las prerrogativas y herramientas de protección judicial que tanto la ley local como las Constituciones de la Ciudad de Buenos Aires y de la República Argentina confieren a nuestros asistidos” (fs. 174).

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado que le fuera conferido, sostuvo que el recurso extraordinario federal interpuesto debía ser declarado inadmisibles “porque carece del requisito sustancial de plantear un caso federal concreto y específico” (fs. 180).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Con respecto a la empresa American Data S.A. el recurso extraordinario federal debe ser desestimado sin más, ya que, como sostuve en mi voto en la sentencia ahora recurrida (apartado 5), la empresa carece de legitimación para recurrir debido a que no mantuvo oportunamente su actividad recursiva. Ello, debido a que no surge del expediente que el abogado representante de la empresa haya recurrido la sentencia de primera instancia que rechazó la presentación en la que solicitaba la restitución de bienes por aplicación de la ley contravencional más benigna y que contenía también un planteo subsidiario de nulidad parcial de los fallos de primera instancia de fecha 9/9/2003 y de Cámara de fecha 19/4/2004 (fs. 4/8 vta.). Así, la Cámara sólo resolvió el recurso de revisión interpuesto por Martínez, Masero y Vildoza, aunque en esa oportunidad ella se expidió de todos modos sobre el comiso y la restitución de los bienes de American Data S.A. porque los tres contraventores también solicitaron, en su recurso de revisión, la aplicación de la ley más benigna sobre el comiso y la restitución de los bienes decomisados. En este mismo sentido se ha pronunciado el fiscal general adjunto (fs. 179).

2. El recurso extraordinario federal interpuesto en favor de Martínez, Masero y Vildoza cumple con los requisitos formales exigidos: fue incoado en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14, ley 48, y arts. 256 y 257, CPCCN). Sin embargo, el recurso no es admisible, básicamente, porque —tal como advierte el fiscal general adjunto— no cumple con el requisito sustancial de plantear un caso federal concreto y específico.

3. Por otra parte, el recurso presenta, a mi juicio, serias deficiencias de fundamentación en cuanto a la puntualización de la cuestión federal, a la relación entre los hechos de la causa y la cuestión federal y respecto de la expresión de los agravios —aquí, en especial, debido a que no se cumple con la exigencia de rebatir en el escrito de interposición los fundamentos del fallo impugnado—. A todo ello se suma la poca claridad que ha caracterizado a las presentaciones de la defensa a lo largo de esta causa, a pesar de lo cual haré un esfuerzo interpretativo y me ocuparé, por separado, de cada uno de los motivos esgrimidos por los recurrentes.

4. Con respecto al primer agravio, denominado en el recurso “privación de la instancia revisora”, aun cuando bien articulado podría llegar a configurar una cuestión federal, lo cierto es que él no ha sido mantenido en todas las instancias —tal como lo exige la doctrina de la Corte Suprema—, razón por la cual la cuestión no ha sido debatida ni resuelta por los jueces de la causa.

Según la defensa se habría cercenado en el caso la garantía constitucional de la doble instancia, habida cuenta de que el *a quo* dictó sentencia sobre el recurso de revisión por aplicación de la ley contravencional más benigna en instancia única.

En el recurso extraordinario federal la defensa intenta modificar el agravio solapadamente para sortear la exigencia de mantenerlo en todas las instancias. Sin embargo, se debe recordar lo siguiente: ante la falta de regulación expresa del recurso de revisión en la ley contravencional, la defensa presentó su recurso ante la jueza de primera instancia, manifestando que en caso de que fuera la Cámara Contravencional la que lo decidiera se violaría —según su comprensión de la garantía constitucional— el derecho a la doble instancia. En primera instancia se resolvió enviar el recurso de revisión a la Cámara Contravencional para que fuera ella quien lo resolviera, básicamente, por aplicación supletoria de las reglas pertinentes del CPPN (art. 6º, ley 12), sin referencia alguna a la posible lesión de la garantía invocada. La defensa, sin embargo, no recurrió la decisión de primera instancia. A su turno, la Cámara Contravencional, antes de resolver el recurso de revisión, examinó la cuestión y concluyó que ella era el órgano competente para resolverlo por los mismos motivos que la jueza de primera instancia, sin referirse tampoco a la posible lesión de la garantía de la doble instancia. La defensa, no obstante, no

se agravio en su recurso de inconstitucionalidad de lo decidido al respecto (y sólo introdujo ese agravio en la queja ante el TSJ, razón por la cual lo declaré extemporáneo en mi voto). De este modo, entonces, *la defensa consintió que la Cámara fallara sobre el recurso de revisión en instancia única*.

La Corte Suprema ha dicho en reiteradas ocasiones que la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe ser oportuna y adecuadamente introducida en la causa y *mantenida en el curso del procedimiento* (Fallos, 243:330; 293:242; 303:171, 307:1985), bajo pena de improcedencia del recurso (Fallos, 243:330; 248:51 y 577; 251:180; 316:724; 321:1655).

5. En cuanto al segundo agravio, denominado “interpretación restrictiva de la ley contravencional más benigna”, los recurrentes denuncian “la arbitraria restricción del alcance del art. 35 de la ley 1472” y agregan que la situación de sus defendidos se hallaba contemplada dentro de la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de todas las penas que les fueron impuestas (fs. 174 vta.).

Sobre este punto, y a pesar de la creencia de los defensores de que sus argumentos “reflejan la magnitud de los agravios de raigambre constitucional que destacó esta defensa”, ellos no plantean en verdad cuestión constitucional alguna, sino que se limitan a alegar cuestiones referidas a circunstancias personales de sus defendidos, en virtud de las cuales la defensa entiende que los jueces de la causa debieron dejar en suspenso la ejecución de todas las penas impuestas y disponer la restitución de los bienes decomisados. Así planteado, el agravio esgrimido sólo se refiere a cuestiones de derecho local y de hecho y prueba que constituyen, en principio, facultad propia de los jueces de la causa y ajenas, por ende, a la instancia extraordinaria federal (Fallos, 306:1005; 307:110, entre otros).

6. Por último, el agravio titulado “Arbitrariedad-Gravedad institucional” tampoco reúne, a mi juicio, los requisitos mínimos de fundamentación exigidos en el marco del recurso extraordinario federal. Los recurrentes sólo se refieren a la arbitrariedad e injusticia de la sentencia recurrida de modo genérico e invocan, también en forma genérica, diversas garantías constitucionales que consideran lesionadas, a la vez que sostienen la concurrencia casi automática de la gravedad institucional junto con la arbitrariedad. Estas invocaciones carecen de la seriedad mínima para ser tratadas y tampoco ameritan la apertura de la instancia extraordinaria.

Por lo demás, según ya ha dicho la CSJN en reiteradas ocasiones, la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, como excepción, pues “(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de

los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389 y 608, entre otros). Por lo tanto, también en relación con este motivo de impugnación, el recurso debe ser denegado.

7. En conclusión, las alegaciones de la defensa no logran configurar cuestión federal alguna, sino que se reducen a expresar meras discrepancias con el modo en que fueron resueltas cuestiones no federales en la causa.

Por lo tanto, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite. En términos muy sencillos, sólo veo una causa contravencional seguida contra unas personas que arribó, después de dos instancias de mérito y un recurso de inconstitucionalidad, a la sentencia firme. Con posterioridad a ello, se intentó un recurso de revisión en los términos de los arts. 479 y ss. del CPPN (legislación supletoria, conf. art. 6º, L.P.C.), recurso que fracasó parcialmente, solución ante la cual, a su vez, fue rechazado un recurso de inconstitucionalidad tanto por la Cámara del fuero como por este Tribunal. Resulta ininteligible, entonces, el reclamo relativo a la *doble instancia*, razón básica por la cual un nuevo recurso (extraordinario federal) debe ser denegado.

2. Por lo demás, es correcto afirmar, como lo hace la señora jueza de trámite, que el recurso bajo análisis no plantea cuestión federal alguna y que, además, resulta sumamente confuso y meramente enunciativo de lesiones pretendidamente constitucionales no ligadas de manera alguna al caso. A todo evento, parece necesario advertir a los recurrentes que los pleitos, solucionados de manera justa o injusta, algún día deben finalizar. La advertencia es todavía mayor cuando los recursos se suceden bajo los mismos fundamentos.

3. Corresponde, entonces, denegar el recurso extraordinario federal deducido a fs. 159/176.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, y comparto los términos del dictamen del señor fiscal general adjunto (fs. 179/180), por cuanto considero que el recurso extraordinario federal interpuesto no puede prosperar dado que presenta serias deficiencias en su fundamentación y, en síntesis, “carece del requisito sustancial de plantear un caso federal concreto y específico” (conf. dictamen del Ministerio Público Fiscal ya aludido, a fs. 180).

En pocas palabras, el recurso pone de manifiesto una mera discrepancia con cuestiones ajenas al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del art. 14 de la ley 48, sin lograr demostrar una relación

directa e inmediata entre la materia del pleito y la cuestión federal aducida en él —como es sabido, la sola mención de preceptos federales no basta para avalar la admisibilidad de la vía excepcional que se intenta—. Además, tampoco se rebaten de manera adecuada —concreta y razonada— los diversos fundamentos que contiene la sentencia recurrida (fs. 138/153).

Las consideraciones expuestas, en mi concepto, son suficientes para denegar el recurso extraordinario federal deducido a fs. 159/176.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier y a la solución que postula la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz. El recurso extraordinario federal intentado no cumple con los requisitos mínimos para fundar la intervención de la CSJN, pues presenta serias deficiencias en su argumentación y no resulta plausible comprender —ni con un esfuerzo interpretativo— las supuestas “cuestiones federales” que se predicán. Indudablemente, la insuficiencia de rigor técnico en la exposición de sus confusos planteos determinan su suerte adversa.

Al intentar provocar el conocimiento de la CSJN en escasos párrafos supone superada su carga de fundar el recurso mediante la sola reiteración de todos sus planteamientos, pero omite cuestionar la resolución impugnada que, más allá de su acierto o error, dio un tratamiento adecuado a los puntos sometidos a estudio del Tribunal, con argumentos suficientes para constituir la derivación razonada del derecho local vigente, aplicado al caso concreto.

Por ello, como señalan los jueces preopinantes, el recurso no pasa de ser una sucesión de afirmaciones meramente dogmáticas y citas inconexas que no alcanzan para enunciar cuáles habrían sido las transgresiones a las normas constitucionales genéricamente mencionadas, por lo cual, carece de la autonomía y aptitud argumental que exige el remedio deducido.

En mérito a lo expuesto, corresponde denegar la vía extraordinaria.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por la Dra. Alicia E. C. Ruiz.

2. Aunque interpuesto en tiempo y forma, el recurso no está dirigido contra una sentencia definitiva. Este tribunal no se expidió acerca del fondo de la cuestión, sino que rechazó la queja que la actora dirigió contra la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad dispuesta por la Cámara el 8 de julio de 2005 (fs. 44/49). Los agravios que pretendía traer a conocimiento del Tribunal, cuyo contenido no difiere de los vertidos en el recurso federal *sub examine*, no eran de la clase de los contemplados en el art. 113, inc. 3°, CCBA o, lo que es relevante para esta ocasión, en el art. 14 de la ley 48. La sentencia definitiva, emanada de la Cámara con fecha 8/6/2005 (fs. 17/28), esto es, de un tribunal que no es el superior a cuya decisión podría haber aspirado si la cuestión fuera federal, está sustentada, tal como sostuve al re-

chazar la queja, en fundamentos de derecho no federal —interpretación del art. 35 y 46 de la ley 1472—, circunstancia que priva a los artículos de la Constitución federal invocados de relación directa con la solución del caso (conf. art. 15, ley 48).

3. El agravio relativo a la *doble instancia*, que podría merecer la habilitación de la instancia federal, no posee relación directa con los hechos de la causa, tal como expresó el juez Maier al rechazar la queja, argumentos a los que adherí y a los que me remito en honor a la brevedad.

4. En cuanto al agravio denominado “Arbitrariedad-Gravedad Institucional” remito al voto de la jueza de trámite, Dra. Ruiz.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 159/176.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

XLII

“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”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Interpretación de normas contravencionales. Cómputo del plazo de la acción contravencional. Derecho a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable. Derecho local. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. nº 4066/05 - 22/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli, Sergio D. Roldán y Rubén H. Lombardi —en su carácter de apoderado de *National*

Game S.A.— interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 180/193 vta.) contra la sentencia de este Tribunal que, por mayoría, hizo lugar a la queja incoada y rechazó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 105/120).

En líneas generales, como núcleo del recurso, se sostuvo la *arbitrariedad* de la decisión recurrida al haber violentado “sistemáticamente principios legales y constitucionales y de tratados internacionales”, el debido proceso, la defensa en juicio, la legalidad y la igualdad ante la ley (arts. 16, 17, 18, 28 y 75.22, C.N.; fs. 190/vta.), en tanto esa resolución se habría apartado, sin justificación alguna, de disposiciones legales expresas. Los recurrentes afirmaron —sin mayores fundamentos— que este Tribunal, a raíz de su propia tesitura, debió declarar (de oficio) la prescripción de la pena. Asimismo, precisaron que el *sub lite* revestiría *gravedad institucional* por cuanto la entidad de las cuestiones resueltas excedía el mero interés individual de las partes y comprometía objetivos directos de la comunidad. Además, dedicaron parte de su argumentación a señalar las similitudes del caso bajo análisis con el reciente fallo de la CSJN *in re* ‘Caballero’, solicitando que por ello “se admita el presente y no se obligue a esta defensa a recurrir en queja al Alto Tribunal” (fs. 184), pues la resolución aquí impugnada sería manifiestamente contraria a aquél.

2. El fiscal general adjunto consideró que el recurso no era procedente puesto que sólo expresaba su disenso con la interpretación dada a las normas de derecho local en materia de prescripción de la acción contravencional. Por lo demás, afirmó que el precedente ‘Caballero’ estuvo motivado en circunstancias diferentes a las de autos y que sus votos no son concordantes en sus alcances, por lo cual no procede la aplicación automática de su doctrina al caso, máxime cuando este Tribunal invocó argumentos no considerados en él. Finalmente, en cuanto a la eventual prescripción de la pena, resaltó que aquel punto excedía la materia del recurso circunscripta, exclusivamente, al fenecimiento de la acción mas no de la pena y que, en todo caso, esa defensa debía ser propuesta ante los jueces de mérito (fs. 197/198).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido, pese a dar cumplimiento a los requisitos formales exigidos en la especie, no puede prosperar pues —como señalara en mi voto en autos (fs. 106)— “lo vinculado con el alcance que cabe asignar a las normas contravencionales (ley 10) es una cuestión de *derecho local* y no es posible aplicar, sin más, el precedente invocado [‘Caballero’], pues aún desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia, solo en *materia federal* la doctrina que establecen sus sentencias constituye una directiva a la que deben conformar sus decisiones los jueces de las instancias inferiores”. En este caso, por otra parte, desarrollé fundamentos no considera-

dos por la CSJN al resolver aquel asunto y, finalmente, arribé a una conclusión diferente de la expuesta por ella con argumentos que en modo alguno pueden ser tachados de insuficientes, irrazonables, insustanciales o antojadizos. Por lo contrario, éstos son los que mejor se compatibilizan con los criterios hermenéuticos fijados, desde tiempos inmemoriales, por su pacífica jurisprudencia.

No pierdo de vista que no corresponde a este Tribunal expedirse sobre la supuesta falta de fundamentación de su sentencia pero, a efectos de analizar la procedencia del remedio extraordinario, debe tenerse presente que la doctrina de la *arbitrariedad* —base sobre la que se intenta provocar el conocimiento de la CSJN— posee un carácter excepcional y restringido y, por lo tanto, exige que medie un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o una absoluta carencia de fundamentos (*Fallos*, 323:2879). Así las cosas, la causal de arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que a criterio del recurrente se estimen errados, sino, y esencialmente, atiende a cubrir casos en los que se verifican “deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo” (*Fallos*, 312:1839). Estos extremos están ausentes en la decisión objetada y los agravios del impugnante no logran demostrar de qué manera se colisionan sus garantías constitucionales a partir de una resolución que intenta armonizar todas las normas que juegan en la especie (arts. 31 y 32 de la ley 10, 33 de la ley 402; todas ellas de carácter local). Por lo tanto, sólo se luce su disconformidad con la opinión mayoritaria del Tribunal y no cabe admitir ésta ni aún bajo la lente de la arbitrariedad, pues no puede obviarse por ello que, por regla, la interpretación y aplicación de las leyes contravencionales sólo compete a los jueces de la causa y son insusceptibles del recurso federal, máxime cuando en esta oportunidad el fallo posee argumentos suficientes para ser considerado un acto jurisdiccional válido.

Por último, no puedo dejar de expresar que el remedio deducido sólo se fundó en invocaciones genéricas y no contiene críticas debidamente motivadas que se involucren con cuestiones de índole constitucional, circunstancias éstas que por sí hubieran bastado para declararlo inadmisibile en este punto.

2. La pretendida *gravedad institucional* de la sentencia no correrá mejor suerte. La mera alegación de la existencia de esta causal no permite conceder el recurso intentado, pues es un requisito *sine qua non* que exista una cuestión federal que, por lo dicho, no entraña el caso (conf. “Bill, Juan Carlos c/GCBA s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 213/00, resolución del 9/8/2000; con cita de *Fallos*, 311:121). Por lo demás, debe desestimarse el recurso por tal motivo, cuando lo resuelto no excede el interés individual del recurrente, atañe en modo directo a la comunidad o compromete instituciones básicas de la Nación (conf. “Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/amparo e inconstitucionalidad”, expte. n° 168/99, resolución del 9/3/2000). Entonces, más allá que el impugnante aseveró que la resolución compromería

a los “objetivos planteados por nuestros constituyentes desde el Preámbulo” (fs. 191 vta.), esta enunciación se exhibe huérfana de cualquier argumentación que mínimamente la sustente.

3. Sobre la supuesta falta de tratamiento de algunos agravios propuestos por el recurrente en su presentación ante este Tribunal, puede afirmarse que no es obligación de quien sentencia atender a todos los argumentos sino, tan solo, a los que se consideren fundamentales para la adecuada solución del caso. En aquel sentido, “[n]o basta con señalar la falta de tratamiento de determinados elementos de juicio o de [las] argumentaciones formuladas, sino que es preciso justificar su pertinencia para variar el resultado de la cuestión” (*Fallos*, 308:2262). A mayor abundamiento, para valorar la improcedencia manifiesta de los puntos de la queja que estima no examinados, me permito señalar que: *a*) pretender introducir al Tribunal en el conocimiento y análisis de las supuestas diferencias de criterios de las Salas del fuero local en materia de prescripción, no sólo no importaba un caso constitucional o federal, sino que, además, excedía el marco de intervención y el objeto del recurso de queja —para ello, la ley establece un recurso procesal que fue agotado en autos; v. gr., inaplicabilidad de ley—; *b*) las dudas que pretendió generar acerca de la extemporaneidad del recurso acusatorio, que determinó el pronunciamiento de la alzada, cuando su interposición en término se encontraba certificada por un funcionario judicial, tampoco fundaba una cuestión hábil para alterar la suerte del sumario —para aquello, también la ley establece mecanismos procesales para impugnarlo; v. gr., redargüir de falsedad el cargo—, y *c*) la demanda de inconstitucionalidad “del art. 31 del Cód. Contrav. y de todas las normas de ese c[ó]digo y las procesales que integren la L.P.C.” (fs. 35 vta.), ciertamente, no implicaba un embate serio que enfrentara una norma con un precepto constitucional, menos aún si se repara en que fue expuesto sin mayor profundidad argumental —amén del propio convencimiento del recurrente.

4. Finalmente, tal como señaló el fiscal general adjunto, la introducción de la cuestión relativa a la prescripción de la pena no fue materia de agravio en la queja ante este estrado —se limitó a la posible prescripción de la acción—, por tanto, ahora, no puede motivar la intervención de la CSJN en orden a este argumento, el que deberá ser propuesto a los jueces de mérito para su eventual consideración. Por lo demás, cabe precisar que este Tribunal no *debía* ni *podía* declarar (de oficio) el fenecimiento de la sanción impuesta, pues en el marco de un incidente de queja existen cuestiones de hecho, prueba y derecho local —el posible quebrantamiento previsto como causal interruptiva de su curso (art. 32, ley 10)— que deben ser debatidas y resueltas en las instancias ordinarias en virtud de involucrarse con extremos que sólo surgen del expediente principal o de otros incidentes extraños al objeto del recurso oportunamente intentado. Ello basta para determinar su inadmisibilidad.

5. Por estas razones, voto por denegar el recurso extraordinario federal.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 180 y ss. cumple con los requisitos formales exigidos, ya que ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48).

2. El recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite al derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional en un plazo razonable (fs. 185). En efecto la defensa controvierte la interpretación del art. 31 del Cód. Contrav. consagrada por mayoría en la sentencia atacada, por entender que es arbitraria y contraria a lo resuelto por la CSJN en autos C.459.XXXVIII - “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav., causa 555-CC/00 s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —incidente de prescripción—”, sentencia del 8/11/2005.

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado contra lo decidido por la resolución de fecha 19/12/2005.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

El recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 180/193 debe ser denegado.

Tal como lo sostiene en el punto 1 de su voto la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, la parte recurrente cuestiona la interpretación que los tribunales de la Ciudad han efectuado respecto de las normas locales —ley 10— a la hora de determinar la forma de computar el plazo de prescripción de la acción contravencional en la jurisdicción. Esta materia, por regla, resulta ajena al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tampoco la interesada ha logrado acreditar la arbitrariedad de la sentencia, extremo que, en mi concepto, lejos está de corroborarse en el caso, toda vez que la decisión objeto de reproche se encuentra razonada y fundada, más allá de que el recurrente coincida o discrepe con sus contenidos. En tales condiciones, no se corrobora en el caso la existencia de una cuestión federal y puede afirmarse que los agravios contenidos en el escrito recursivo sólo trasuntan una mera discrepancia con el pronunciamiento objetado (voto de la mayoría), sin presentar una crítica concreta y razonada de sus fundamentos.

En suma, el remedio intentado no puede prosperar, dado que no se halla en tela de juicio la inteligencia de reglas y actos de naturaleza federal (conf. en sentido concordante el dictamen del señor fiscal general adjunto, Dr. Luis Jorge Cevasco, obrante a fs. 197/198, cuyos términos comparto íntegramente y a ellos me remito en homenaje a la brevedad).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega, la Dra. Ana María Conde.

2. La cita del fallo “Caballero” de la Corte Suprema de Justicia (C.459.XXXVIII), traída por el recurrente, no aporta elemento alguno que permita encuadrar el agravio en uno de los incisos del art. 14 de la ley 48. Es obvio que la sentencia impugnada difiere de la del caso citado, e involucra, exclusivamente, cuestiones relacionadas con la interpretación de derecho local, ajenas, por ende, a la competencia del tribunal federal.

3. El punto relativo a la prescripción de la pena no fue propuesto al Tribunal ni a las instancias inferiores, por lo que mal puede ahora levantarlo. Por lo demás, su solución exige un análisis de cuestiones ajenas a la competencia de este Superior Tribunal. Por lo dicho, no existe sentencia del superior tribunal de la causa en relación a la prescripción de la pena alegada por la recurrente.

4. Por lo expuesto, conforme lo dictaminado por el fiscal general adjunto, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por la ley, puesto que ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (conf. art. 14 y conc., ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN). Pese a ello, anticipo mi opinión desfavorable a su procedencia por las razones que brevemente paso a exponer.

2. La lectura del recurso permite sostener que el recurrente cuestiona la inteligencia de normas que, de modo simultáneo, constituyen derecho común y derecho local. Así, ya he expresado ante una situación análoga que “el problema de las reglas de prescripción y de su interpretación —en sí mismas, sin aditamento alguno (imprescriptibilidad constitucional o por un tratado en el que la Nación sea parte, desproporción del plazo en relación con la infracción)— corresponde a los tribunales de mérito” (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación’”, expte. n° 3108/04, sentencia del 12/11/04), de modo que, sobre el punto, ningún caso federal ha sido fundado por la defensa.

3. Pese a ello, no desconozco la sentencia dictada por la CSJN en los autos “Recurso de hecho en: ‘Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. [causa 555-CC/00] s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —incidente de prescripción—” (C.459.XXXVIII, resolución del 8/11/2005), que yo mismo contribuí a provocar y cuya doctrina genérica com-

parto (véase, esta misma causa, recurso de queja por inconstitucionalidad denegado, mi voto y el de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz). Sin embargo, distinto a ello es afirmar que el recurso extraordinario federal —que surte la competencia de la CSJN— admite como motivo central la propuesta de una interpretación diferente acerca de la ley común y local (infraconstitucional: prescripción contravencional) respecto de aquella afirmada por los tribunales de mérito. De esta manera, tanto la *arbitrariedad* señalada por el recurso, como la pretendida *gravedad institucional*, hacen referencia a esa distinta interpretación —la cual constituye el motivo real y único del recurso extraordinario interpuesto—, una vez culminado el caso ante los tribunales de mérito y ante todos los tribunales locales (véase, incluso, art. 75, inc. 12, C.N., para la propia ley penal del Congreso de la Nación).

4. En el mismo sentido al enunciado en los puntos precedentes, la cuestión relativa al *plazo razonable de duración del proceso* sólo significa, en el recurso bajo estudio, una mera mención sin desarrollo, tanto como la invocación referida a “los derechos de defensa en juicio, legalidad y debido proceso” que le sigue inmediatamente (conf. fs. 185), verificación que, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 20 y ss.) no alcanza para fundar recurso alguno. No se trata, por ello, de un caso similar al que resolví en autos “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczyk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación’” (expte. n° 3726/04, sentencia del 26/5/2005).

5. Con relación a la posible prescripción de la pena, coincido con la opinión del fiscal general adjunto (conf. fs. 198) y con la propuesta de la señora jueza de trámite: el recurrente deberá plantear el incidente respectivo ante el juez encargado de ejecutar la pena (conf. art. 6°, L.P.C. y arts. 490, 491 y 493, III, inc. 1°, CPPN). Asimismo, debo reiterar que los problemas relativos a la interpretación de la ley procesal acerca de cuándo una sentencia puede ejecutarse constituyen, a su vez, cuestiones de derecho local y, por tratarse de la intersección de una norma procesal, ajenas a la instancia extraordinaria.

6. En consecuencia, considero que los fundamentos expresados en este voto resultan suficientes para denegar el recurso extraordinario federal intentado.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 180/193 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

XLIII

“R., N. B. Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘R., N. B.
Y OTRO C/GCBA S/RESPONSABILIDAD MÉDICA”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Mala praxis en hospital público. Responsabilidad extracontractual del Estado. Prescripción. Plazo quinquenal. Aplicación de las disposiciones del Código Civil. Principio de igualdad ante la ley. Servicio privado de salud. Responsabilidad contractual. Plazo decenal de prescripción. Derecho común

Expte. n° 4246/05 - 22/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. N. B. R. y el Sr. S. O. G. iniciaron una demanda de daños y perjuicios, por la suma de \$ 1.260.000, contra el GCBA, como responsable de los daños psico-físicos sufridos por su hijo, el menor M. E. G., a raíz de la intervención que se le efectuara en el Hospital Santojanni en ocasión de su nacimiento, ocurrido el 18/2/1993, y posterior internación (fs. 1/21).

2. La Procuración de la Ciudad opuso, entre otras defensas, la excepción de prescripción fundada en el art. 4037, Cód. Civil (fs. 34/42). Los actores y el asesor tutelar solicitaron su rechazo (fs. 46/49 vta. y fs. 51/56 vta., respectivamente).

3. El juez de primera instancia no hizo lugar a la excepción (fs. 60/62 vta.). La decisión fue apelada por la Procuración General (fs. 64/73 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, hizo lugar al recurso y revocó la sentencia (fs. 75/80).

4. Frente a esta decisión, la parte actora y el señor asesor tutelar adjunto interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad (fs. 85/105 y fs. 106/112, respectivamente) que fueron contestados por la Procuración General (fs. 113/

117 vta. y fs. 118/121, respectivamente) y denegados por la Cámara a fs. 123/125.

5. Sólo la actora dedujo ante el Tribunal la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 133/168 vta.).

6. El asesor general tutelar (fs. 174/176 vta.) y el fiscal general adjunto (fs. 180/181 vta.) se pronunciaron por el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo oportuno y debida forma por la parte actora. Sin embargo no puede prosperar ya que en él no se plantea un caso constitucional.

2. En efecto, los recurrentes pretenden satisfacer ese recaudo por tres vías:

- a) invocando la *naturaleza federal* de la prescripción en el derecho público (fs. 134, con cita de un voto del ex juez de la CSJN, Rodolfo Barra). De tal manera, afirman en el recurso, “han entrado en colisión normas de derecho común, como es el Código Civil, con normas de naturaleza federal” (fs. 134 vta.);
- b) señalando que en este caso “al crearse de modo pretoriano un plazo prescriptivo especial de cinco años para pretensas relaciones ius administrativas, de modo contrario al plazo establecido por el Código Civil, se afecta directamente no sólo la garantía constitucional de defensa en juicio, sino también el derecho de propiedad...”; y
- c) imputando arbitrariedad a la sentencia recurrida.

3. En cuanto a lo primero, la recurrente no expresa por qué debe considerarse *federal* la prescripción de las obligaciones de los Estados *locales*. Cualquiera que sea el juicio que merezca la afirmación transcrita por la actora, es claro que la mención al carácter federal de la prescripción en derecho público efectuada en el fallo invocado, trataba sobre obligaciones del Estado nacional; circunstancia marcadamente diferente a las que presenta esta causa. Falta, entonces, la relación directa entre la cuestión federal planteada y el objeto del debate en estos autos.

Además, la presencia de una norma federal infraconstitucional no conlleva necesaria y directamente a la existencia de una cuestión constitucional, que podría plantearse si las partes o lo jueces advirtiesen un conflicto que involucre la denominada “cláusula de supremacía” (art. 31, C.N.) o la competencia exclusiva de algún órgano del Gobierno federal para regular la materia. En tanto el planteo esgrimido en el recurso de inconstitucionalidad se limita a intentar descalificar la sentencia sin formular y demandar, como hubiera sido menester, la reinterpretación del plexo normativo a partir de la caracteriza-

ción como “federal” de las reglas sobre prescripción, el recurso no cumple con la directiva que fluye, para cuestiones constitucionales y federales, del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaído *in re*: “Juan Roque Di Mascio” —*Fallos*, 311:2478—, sentencia del 1º/12/1988.

Por último, ya he sostenido, en contra de la posición de los actores, que “la responsabilidad del Estado es una 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...” (punto 5 de mi voto en el caso “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)’”, expte. n° 3260/04, sentencia del 16/3/2005.

4. El segundo motivo, esto es: la protesta que formula la parte actora por la postergación de las normas del Código Civil frente al plazo de prescripción quinquenal creado pretorianamente, es contradictorio con el agravio anterior.

En efecto, por una parte, los recurrentes sostienen a fs. 134 vta. que “han entrado en colisión normas de derecho común, como es el Código Civil, con normas de naturaleza federal, como son las relativas a la prescripción dentro del ámbito del derecho administrativo, y frente al conflicto se decidió contra las primeras” y que ello descalificaría la sentencia; pero luego tachan de arbitraria la decisión de la alzada pues en ella se aplica un plazo pretoriano en lugar de las disposiciones del Código Civil.

Esta constatación basta para desestimar el planteo.

Sin perjuicio de ello, dejo sentado que según lo he sostenido en un reciente pronunciamiento que trató sobre un caso de mala praxis médica en un hospital estatal (*in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Kislak, Pablo Carlos y otros c/GCBA sobre responsabilidad médica’”, expte. n° 4081/05, resolución del 30/11/2005), considero que se trata de un supuesto de responsabilidad *extracontractual* del Estado al que le resulta aplicable el art. 4037 del Cód. Contrav. para establecer el término de prescripción de la acción, de acuerdo con el criterio sustentado por la CSJN en el orden federal (*in re*: “Carlos L. Molteni v. Nación Argentina”, sentencia del 29/6/1989, *Fallos*, 312:1063, entre muchos otros).

5. En cuanto a la arbitrariedad que el recurrente endilga a la sentencia de la instancia anterior, la parte no rebate el principal argumento en el que el fallo cuestionado se apoya para apartarse de los plazos de prescripción previstos en el Código Civil, y aplicar por analogía otras normas locales en los casos de responsabilidad del Estado local por falta de servicio.

En efecto, la Sala II, por mayoría, consideró que existe un vacío legislativo en el ordenamiento jurídico local respecto de la prescripción de la responsabilidad por el obrar estatal, y acudió para integrarlo a las reglas del de-

recho público de la Ciudad. La sentencia expuso, entonces, las razones por las que consideró que *no son aplicables directa ni subsidiariamente* los plazos de prescripción del Código Civil, que debía partir de las reglas del derecho público local para completar la laguna señalada y que el plazo para la prescripción de la responsabilidad estatal, en el caso, era de cinco años.

La recurrente no se hace cargo de refutar el punto de partida de la argumentación sobre la cual la alzada funda su sentencia: que las reglas del Código Civil no se aplican directamente a la responsabilidad de los Estados locales. Por lo tanto, el fallo no puede ser descalificado como pronunciamiento jurisdiccional válido, pues, más allá de su acierto o error, expresa y desarrolla con suficiencia y coherencia, las razones de derecho infraconstitucional que fundan la decisión.

Por lo demás, el Tribunal ya resolvió, por mayoría, en casos similares que las cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas que rigen la prescripción de las acciones de responsabilidad entabladas contra el Estado local, no suscitan una cuestión constitucional (casos “Verseckas” y “Kislak”, ya citados).

En suma, el recurso intenta poner en crisis la sentencia apelada y el auto denegatorio, con base en la doctrina de la arbitrariedad, pero contrariamente a lo sostenido por la parte recurrente, el pronunciamiento de la Cámara hizo expresa consideración de los hechos relevantes de la causa y de los agravios vertidos oportunamente por la interesada. Además, la concreta interpretación del plexo jurídico que rige el caso efectuada por el tribunal *a quo*, se encuentra respaldada por fundamentos y razonamientos que están lejos de ser insuficientes o caprichosos y que no han sido conmovidos por los agravios articulados. La recurrente sólo discrepa con el alcance que la Cámara atribuye a las normas que considera aplicables, sin que tales desarrollos —más allá de su extensión—, resulten idóneos para demostrar la arbitrariedad de la sentencia atacada.

Corresponde recordar lo expresado desde antiguo por la CSJN sobre el recurso extraordinario federal, en cuanto sostiene que “(l)a doctrina de la arbitrariedad... 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, C.N.” (*Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Por las consideraciones precedentes, propicio el rechazo de la queja. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con la solución a que arriba el juez Dr. Casás en su voto.

Tal como lo señalan el asesor tutelar y el fiscal general en sus dictámenes, el recurso planteado no ha logrado superar el plano de la invocación gené-

rica de disposiciones constitucionales, sin que se advierta una clara y precisa argumentación que vincule la sentencia impugnada con los derechos y garantías presuntamente afectados. Por lo demás, la cuestión sometida a debate transcurre por canales infraconstitucionales, en tanto se cuestiona la aplicación e interpretación de normas de derecho común, materia ajena al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

Esta deficiencia argumental —insusceptible de ser soslayada mediante la invocación de la arbitrariedad— evidencia que no se expuesto, fundadamente, un caso de naturaleza constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, lo que resulta suficiente para considerar inadmisibile la queja, por lo que corresponde su rechazo.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. N. B. R. y S. O. G., por sus derechos y en representación de su hijo M. E. G., iniciaron demanda por daños y perjuicios contra el GCBA, como responsable de los daños psico-físicos sufridos por el niño en ocasión de la intervención que se le efectuara en el Hospital Santojanni al momento de su nacimiento, ocurrido el día 18 de febrero de 1993, y de su posterior internación.

La Procuración de la Ciudad opuso, entre otras defensas, la excepción de prescripción fundada en el art. 4037 del Cód. Civil. Los actores y el asesor tutelar solicitaron su rechazo.

El juez de primera instancia no hizo lugar a la excepción. Apelada esa decisión por la Procuración General, la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributario, por mayoría, hizo lugar al recurso y revocó la sentencia.

Frente a la decisión de la Sala II, la parte actora y el asesor tutelar adjunto interpusieron recursos de inconstitucionalidad que, previa sustanciación, fueron contestados por la Procuración General y desestimados por la Sala II.

Únicamente la actora interpuso ante el Tribunal el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado. El asesor general tutelar y el fiscal general se pronunciaron en sentido coincidente, por el rechazo de la queja.

2. El recurso de queja planteado en tiempo oportuno y debida forma por la actora intenta plantear diversas críticas al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, muchas de las cuales no alcanzan para sustentar su pretensión por el modo confuso y aún contradictorio con que las formula.

Sin embargo, en un aspecto es acertada la observación de la quejosa. La Cámara no se hace cargo, aunque lo menciona en la resolución de fs. 123/125, de que con la sentencia que dictara “se menoscabó el principio de igualdad ante la ley”.

En ese aspecto, las objeciones de la recurrente, en cuanto a que la decisión es infundada, y por ende arbitraria, alcanzan para admitir la queja, más allá de las debilidades argumentativas, e incluso de las contradicciones en las que incurre en otros apartados del escrito en análisis.

Ya he señalado anteriormente que al declarar la improcedencia de un recurso de inconstitucionalidad, los señores jueces tienen la obligación de explicar por qué entienden que los agravios planteados no son suficientes para configurar un caso de rango constitucional (conf. mi voto en los exptes. n° 3070 y n° 3071, “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis, C.P.’”, resolución del 2/7/2004).

En particular en esta causa los jueces debieron por lo menos indicar por qué el plazo de prescripción que sostienen no genera la afectación del principio de igualdad.

No suple tal carencia la afirmación dogmática según la cual la interpretación de normas infraconstitucionales no sería pasible de revisión a través del recurso de inconstitucionalidad. En efecto ello es factible en aquellos casos en los que se discute la falta de adecuación constitucional de ciertas interpretaciones de normas de rango inferior.

Ya he sostenido que “[n]o se trata de que el Tribunal se involucre en la simple interpretación de normas infraconstitucionales. Por lo contrario, la tarea en esta instancia es la de verificar (frente al recurso del agraviado) si el fallo recurrido respeta principios constitucionales” (conf. expte. n° 3883, “Díaz Quintana, René s/art. 74, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 8/6/2005).

En el mismo sentido se expresó mi colega Julio B. J. Maier en un voto al que adherí: “[e]l recurso de inconstitucionalidad presupone poner en crisis una regla de derecho común frente a una regla constitucional, de rango superior, esto es, supone un conflicto normativo, que debe resolver el tribunal competente, entre la ley aplicada y la Constitución, o entre la ley que el juez dejó de aplicar en razón de su inconstitucionalidad y la pretensión de la parte de que ella se aplique, porque de manera alguna contraviene una regla constitucional. Es claro que, en el supuesto de ejercicio de este recurso, el tribunal competente —entre nosotros, el Tribunal Superior de Justicia— debe comprender (interpretar) la regla de derecho común para compararla con la regla constitucional supuestamente afectada” (conf. expte. n° 912/01, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción”, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 766).

La falta de fundamentación señalada, determina la procedencia del recurso de queja y la apertura del recurso de inconstitucionalidad.

3. Como lo anticipara, los recurrentes introducen, al menos una cuestión constitucional que amerita el tratamiento del recurso interpuesto a fs. 85/112. Sostienen que la sentencia de Cámara viola el derecho a la igualdad ante la ley en tanto admite que ellos, por haber sido atendidos en un hospital público, “estarían sujetos a un término prescriptivo quinquenal, mientras que aquellos

que lo hubieran hecho en una institución privada, por el contrario, se encontrarían beneficiados por una prescripción decenal”. Este es, el núcleo de la lesión constitucional invocada por la actora.

4. El fallo impugnado establece que el plazo de prescripción que rige en la relación de los accionantes con el hospital público, es el de cinco años. Recurre, para ello, a la interpretación analógica de normas locales infraconstitucionales. Esa opción es cuestionable frente al agravio de los recurrentes fundado en el principio de igualdad. Para demostrar la complejidad del problema y la invalidez constitucional de la analogía que la sentencia contiene es imprescindible elegir otro punto de partida.

Por las consideraciones precedentes, y para fundar mi voto comenzaré por explicitar el marco constitucional que define la cuestión en sentido contrario al que fuera resuelto por la Cámara.

5. Todas las personas son iguales ante la ley (conf. arts. 16, C.N.; 7°, DUDH; 1.1. y 24, CADH; 2°, DADH; 14 y 26, PIDCP; 3°, PIDESC; y 11, CCBA).

La igualdad ante la ley conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “comporta la consecuencia de que todas las personas (...) sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancia y condiciones... (*Fallos*, 318:1256)”. El legislador solo podrá, entonces, establecer formas de trato diferenciado para ciertos sujetos en ciertas situaciones, si esto no implica discriminación, toda vez que las discriminaciones de cualquier tipo que sean, siempre resultan disvaliosas.

6. La pregunta que sigue es si quienes accionan por responsabilidad de un hospital público se encontrarían en idénticas circunstancias y condiciones que aquellos que eventualmente pudieran demandar a una institución privada prestadora de un servicio de salud.

Cuando en una situación concreta no se exponen criterios concluyentes de distinción que justifiquen una posición diferente y desventajosa para un grupo, la decisión implicada importa trato desigual, violatorio del principio constitucional tutelado en el art. 16, C.N. y normas de igual jerarquía ya mencionadas, como así, también, de lo dispuesto en los arts. 10 y 11, CCBA. En otros términos, el encuadramiento de una determinada relación jurídica en alguna de las opciones legales existentes, por ejemplo las que dividen la responsabilidad entre contractual y extracontractual, no puede hacerse, en principio, en detrimento de los derechos constitucionales en juego.

Distinguir entre quienes contratan un servicio de salud privado y quienes como los actores, concurren a un hospital público importa una discriminación irrazonable y no un trato diferenciado con apoyo legal. O en otros términos, no hay apoyo constitucional plausible para defender que los primeros dispongan de mejores posibilidades de disputabilidad de los derechos en juego que los segundos, como consecuencia de atribuir distinto tipo de responsabilidades (contractual y extracontractual).

El principio de igualdad y el deber del Estado de atender y preservar la salud no se satisfacen de manera adecuada cuando la responsabilidad estatal, en situaciones como la de autos se define como extracontractual, porque, en verdad, por esta vía se soslaya el modo y las condiciones sociales en que se configuran las complejas relaciones entre los hospitales y las personas que en ellos son atendidas. Antes que forzar la tipificación de tales relaciones en el par contractualidad/extracontractualidad, más afín con un modelo estatal decimonónico, es aconsejable poner el acento en que las necesidades que llevan a un sujeto a reclamar la atención estatal de su salud, las escasas o nulas posibilidades de elegir dónde y bajo qué condiciones habrá de recibir asistencia, no excluyen un campo de vínculos y obligaciones entre él y el estado que no parece adecuarse al modelo de la extracontractualidad. Desde otro punto de vista, esa opción acarrea efectos disvaliosos, si la cuestión se piensa desde la efectivización y ampliación de los derechos humanos, como lo es el de la salud.

La afirmación precedente no desconoce que la responsabilidad, en el caso, remite a pautas establecidas en el Código Civil. Pero esa remisión debe asegurar la preeminencia de los principios y garantías constitucionales, como, por ejemplo, el de la igualdad. Por el contrario, la lectura de las categorías del Código Civil defendida por la demandada, configura una discriminación inaceptable, por las razones que ya indicara en los apartados anteriores, y porque se asienta en categorías prohibidas por el art. 26 del PICP, como lo son la posición económica y la condición social de quien es discriminado.

En conclusión, la clasificación de responsabilidad diseñada por el legislador común, está sujeta en la aplicación al caso, a su adecuación al art. 16, C.N. y demás normas concordantes. Satisfecha esta condición, la analogía es válida y conduce a reconocer que el plazo de prescripción de la responsabilidad del Estado debe ser el de diez años, como lo prevé el Código Contrav. para la responsabilidad contractual, sin que esto importe definir la relación entre los recurrentes y el Hospital Santojanni como un contrato.

De allí que, fijar el límite temporal de la responsabilidad del Estado recurriendo a las normas tributarias de la Ciudad, como lo considera la Cámara colisiona con el principio de legalidad.

En mi opinión, la interpretación de normas legales por parte de los tribunales judiciales leídas desde los preceptos, garantías y principios constitucionales permite superar limitaciones hermenéuticas que la dogmática ya ha puesto en crisis y contribuye a ampliar el horizonte de efectividad de los derechos.

En consecuencia, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar la excepción de prescripción interpuesta. Costas al vencido.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. La queja fue interpuesta en tiempo y forma. Bajo la invocación de diversas cláusulas constitucionales, la recurrente defiende la procedencia del

recurso de inconstitucionalidad que articuló contra la decisión del *a quo* que había declarado prescripta la acción dirigida a obtener la reparación de los daños y perjuicios que imputa a la atención recibida en el Hospital Santojiani, dependiente del GCBA.

2. Aunque el agravio relativo a la violación de la igualdad —por haber generado la sentencia una diferencia ilegítima al establecer que la acción para reclamar la reparación de daños provocados en hospitales públicos prescribe a los cinco años mientras que la jurisprudencia imperante aplica el plazo de prescripción decenal y aun la misma Sala rechazó la prescripción en un supuesto de empleo público por no haber transcurrido dicho plazo—(fs. 102, 162 y 164)— constituye una defensa que busca apoyo en una garantía de la C.N., es insustancial a la luz de la antigua y constante jurisprudencia de la Corte Suprema con arreglo a la cual “no resulta admisible el agravio relativo a la violación de la igualdad ante la ley que garantiza el art. 16, C.N., pues el desmedro de ese derecho fundamental se configuraría si emanase la desigualdad del texto mismo de la ley, y no, como lo plantea el recurrente, de la diversa interpretación que pudieran acordarle los jueces” (*Fallos*, 294:87; 297:480, 537; 302:315; 304: 710; 310:1909, entre muchos otros). Por lo demás, la desigualdad que el fallo impugnado generaría, a criterio del recurrente, entre aquellos que litigan contra instituciones de salud dependientes del sector público y los que lo hacen en relación con instituciones privadas, soslaya las particularidades que presentan ambos supuestos y, en definitiva, los diferencian de un modo tal que su tratamiento diverso no constituye sino la natural respuesta a esas diferencias. Basta recordar que el sector privado de salud arranca de un contrato cuyo contenido no tiene por qué coincidir con el regulado para el servicio público que nos ocupa.

Las alegaciones relativas a la violación de la garantía de la propiedad, y del derecho de defensa (fs. 97 vta., 99 vta., 134 vta., 162 y 164/5), no muestran adecuadamente la relación directa entre lo resuelto y las cláusulas constitucionales invocadas. La selección del derecho aplicable corresponde a los jueces, y no menoscaba el principio de congruencia, aunque prescinda de la argumentación jurídica en que las partes hubieron sustentado su postura, siempre que esa normativa, como en el caso, sea aplicada tan sólo a la controversia efectivamente traída al estrado judicial.

Así las cosas, en relación con el agravio enunciado, al igual que para el que busca apoyar en los derechos de defensa y propiedad, resulta aplicable la jurisprudencia del Tribunal según la cual la referencia ritual a derechos constitucionales es insuficiente si no se acredita, precisa y fundadamente, su cerceamiento, ya que, en última instancia, esos derechos constituyen la cúspide del sistema, presente al menos indirectamente en toda controversia, por lo que, si bastara la invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional para suscitar su jurisdicción, este Tribunal se vería convertido, de or-

dinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. *in re*: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 20 y ss.).

3. Para rechazar el agravio relativo a que “la prescripción en el derecho público es de naturaleza federal” (fs. 134) me remito al punto 3 del voto de mi colega Dr. José O. Casás.

4. En cambio, entiendo que la queja es formalmente admisible en cuanto invoca, aunque imprecisamente, que la prescripción de la acción entablada en autos fue decretada sobreponiendo normas locales a otras nacionales en detrimento de lo previsto por los arts. 31 y 75 inc. 12, C.N., producto de haber asumido el *a quo*, a criterio de la recurrente sin fundamento, que la responsabilidad acerca de la cual versa la causa está fundada, en todos sus aspectos, en normas de derecho público, y por ello indisputablemente locales, lo cual abarca la extinción de la acción por el transcurso del tiempo (fs. 100/102 y 135).

En apoyo de su postura, la recurrente señala que, en el fallo “Filcrosa” (sentencia del 30/9/2003), la CSJN sostuvo que corresponde al Congreso nacional (art. 75, inc. 12) legislar de manera uniforme en materia de prescripción.

Ya he tenido oportunidad de señalar que el precedente invocado, para sostener que la prescripción de obligaciones tributarias locales integra la materia cuyo tratamiento atribuye al Congreso el art. 75, inc. 12, C.N., reposa 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 (cons. 6° del voto 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, C.N. no se discute (cons. 7° del voto de de la mayoría). A continuación analizaré estos fundamentos”.

“(…) 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 éste 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/DGC (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 US 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 paradójica: 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 señor ministro Field cuando disenta en ‘Baltimore & Ohio R.R. Co. v. Baugh’, 149 US 368, 401, 13 S.Ct. 914, 927, en contra de ignorar el fellow-servant liability *common law* de Ohio: soy conciente 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, con fiadamente 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 desaprobamos 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'" [Nota: "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 US 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... // '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"]].

"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., New York, en que se analizan las instituciones siempre desde un punto de vista general. En efecto, la primera oración en la página 1 reza: 'El objeto de este libro es presentar una visión general del Common Law' [Nota: "The object of this book is to present a general view of the Common Law"]; 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" [Nota: "Nous faisons une théorie et non un spicilège"]].

"(...) 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, 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 7° 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, 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, 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” (conf. mi voto *in re* “GCBA c/Constructar S.A. s/ ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 23/2/2005).

5. En tal contexto también afirmé que “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, 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, 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 [Nota: “Mc Culloch v. State of Maryland” 17 US 316 (1819); “Gibbons v. Ogden 22” US 1 (1824) y, finalmente, “American INS. v. 356 Bales of Cotton”, 26 US 511 (1828)]. La idea de poderes inherentes contenida en el precedente “United States v. Curtiss-Wright Export Corporation” (299 US 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”. Por tanto, si la atribución de legislar acerca de una determinada materia —en el caso la prescripción de la acción por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de un servicio público 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 (conf. “GCBA c/Construotar” ya citado). Ello no implica descartar de plano la aplicación de normas del Código Civil; pero, si esto ocurre, será porque el legislador local decidió remitir el asunto a los contenidos del derecho común, posibilidad que siempre le asiste. Tampoco implica que la actividad del estado, con ocasión del cumplimiento defectuoso del servicio, no pueda ser juzgada a la luz de normas de derecho común. Pero, los supuestos de una y otra difieren, del mismo modo en que difieren los supuestos de responsabilidad derivada de un contrato y los de la emergente de un acto ilícito, no obstante lo cual, el art. 1107 del Cód. Civil prevé el paso de un sistema de responsabilidad al otro, en ciertas circunstancias especiales. En nuestro caso, la aplicación del sistema derivado del Código Civil diseñado para la responsabilidad por actos ilícitos sería adversa al progreso de la acción deducida, mientras que los del contrato civil han sido razonablemente descartados por tratarse de un vínculo derivado de un servicio público al que el derecho local puede someter a una regulación específica.

Coincido, pues, con el Dr. Casás en que la responsabilidad por incumplimiento de los deberes propios del servicio público organizado por el estado Ciudad Autónoma de Buenos Aires es asunto de naturaleza eminentemente local, puesto que corresponde al ámbito de poderes no delegados a la Nación (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). A su turno, ello es consentido por el usuario del servicio, que opta libremente, aunque no desconozco que quizás influido no sólo por las calidades del servicio (cosa

que tampoco descarto, porque me ha movido a mí en ocasiones a acudir, por ejemplo, al Hospital Garrahan), sino por su gratuidad. El servicio público de que aquí tratamos no es, como lo son otros, prestado en condiciones monopólicas. De allí, que no existan razones para imponer prestaciones o responsabilidades que el estado no haya decidido asumir. La extensión de la prescripción que pretende la apelante es un típico supuesto de extensión de responsabilidad más allá de lo que el legislador local, interpretado por los jueces de mérito, a quienes compete hacerlo, ha decidido admitir. Desconocer esta potestad provoca no pocas y disvaliosas consecuencias. Por lo pronto, vulnera el régimen federal y sacrifica la autonomía local a favor de un centralismo ajeno a las previsiones constitucionales. Vulnera, además, la voluntad de las partes, la una al brindar indiscriminada y generosamente el servicio, y la otra al aceptarlo tal como le ha sido ofrecido. Trascender el límite fijado por el legislador local extiende la responsabilidad del estado más allá de lo que el legislador quiso asumir por una prestación que pudo no brindar o no brindar en esas condiciones, por cierto, desmesuradamente más onerosas de lo que votó. Por otro lado, eleva exponencialmente el grado de indefensión del estado y aumenta su imposibilidad de prever y evitar situaciones que le impongan luego la obligación de reparar los más variados daños. Es ilustrativo señalar que, en las relaciones contractuales, es común limitar el alcance de la compensación de modos diversos como, por ejemplo, acotando el curso causal atendible de manera de tornar posible administrar el riesgo (v. gr., contratos de seguro). En toda situación contractual, en realidad, las partes corren con los riesgos que el acuerdo celebrado les asigna o, con los que la ley establece y no fueron modificados por el contrato. Algo similar ocurre, en definitiva, cuando la fuente de la obligación es la falta de servicio, pues conforme la construcción elaborada por el Consejo de Estado francés (receptada por la CSJN para supuestos análogos al analizado [*Nota: Fallos*, 306:2030; 312:1656; y voto disidente del Dr. Pretacchi en S 152.XXXII, “Sociedad Anónima Azucarera Argentina Comercial e Industrial c/Estado nacional (Ministerio de Economía) s/proceso de conocimiento” (10/12/1997) y *Fallos*, 318:193 disidencias de los ministros Belluscio, Petracchi, Bossert y Moliné O’Connor]), el deber de reparar alcanza, por regla, tan sólo a las consecuencias directas de esas faltas, porque ellas constituyen, justamente, incumplimientos de obligaciones impuestas por el régimen de servicio público que genera la responsabilidad del estado [*Nota: CHAPUS, René: Droit Administratif General*, 5ª ed., t. 1, pp. 843 y ss., y LAUBADÉRE, André de: *Traité de Droit Administratif*, 9ª ed., anotada por Jean Claude Venecia e Yves Gaudemet, t. 1 # 1496, p. 761].

En tal contexto, aparece por demás justificada la necesidad y legitimidad de encontrar regulaciones razonables para establecer los deberes, obligaciones y responsabilidades de los prestadores del servicio de salud pública, así como establecer los plazos dentro de los cuales los derechos que de tal prestación pudieran derivar deben ser ejercidos.

6. Finalmente, la tacha de arbitrariedad, bajo la cual se reeditan los agravios analizados, no traduce más que el desacuerdo del recurrente con las razones expuestas por el *a quo* para fundar la sentencia impugnada pues no exhibe como insostenible al pronunciamiento en cuanto decidió que la responsabilidad analizada en autos está regulada por normas de derecho público local y luego, aceptado ello, juzgó razonable el plazo dispuesto por el legislador de la ciudad. La discrepancia de la parte actora no transforma a la decisión en una sentencia infundada y por ende arbitraria.

En consecuencia, voto por hacer lugar parcialmente a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, propongo imponer las costas de esta instancia por su orden en atención a la complejidad de la cuestión planteada.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Mi decisión, conforme con el voto del señor juez de trámite, que se adhiere a él en aquello que aquí no se desarrolla, parte desde el punto de vista de que la recurrente plantea, tan sólo *aparentemente*, un caso constitucional.

Por de pronto, ya he dicho en múltiples ocasiones (conf. “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Kislak, Pablo Carlos y otros c/GCBA y otros s/responsabilidad médica’”, expte. n° 4081/05, resolución del 30/11/2005) que las cuestiones referentes a la *prescripción de acciones judiciales*, tanto civiles como penales, son cuestiones de derecho común (infraconstitucional), salvo rarísimas excepciones que provienen siempre de reglas constitucionales específicas o de tratados (convenciones) concluidos por la República, extremos que no están puestos en juego en el recurso examinado. De tal manera, la interpretación de las reglas a ella referidas es cuestión de competencia de los tribunales de mérito, reservada a ellos y ajena a los recursos extraordinarios, como motivo de ellos, según incluso lo impone claramente el texto del art. 75, inc. 12, para los códigos de derecho material, entre ellos el Código Civil, a pesar de la competencia legislativa del Congreso de la Nación. De esa interpretación no puede surgir, entonces, argumento constitucional alguno.

2. La sentencia definitiva de mérito, al optar por diferenciar el plazo de prescripción de las acciones contra el Estado local —según un argumento analógico extraído del derecho administrativo local— del plazo del Código Civil en un asunto de responsabilidad médica, no ha producido ni podido producir agravio alguno. Sencillamente explicado, tal diferenciación es inocua para la demanda porque, en lugar de abreviar el plazo de prescripción, lo extiende. En efecto, la responsabilidad por una intervención médica, vulgarmente conocida como *mala praxis*, comporta uno de los casos de responsabilidad extracontractual; rige, por ello, la prescripción bienal de la acción conforme al art. 4037 del Cód. Civil, según lo expone con corrección el voto del señor juez de trámite. La Cámara, al aplicar analógicamente una regla

administrativa de orden local, sólo ha extendido este plazo —no lo ha abreviado— e, incluso así, se arriba al mismo resultado: la acción judicial había prescripto.

De tal manera, aquello que, *abstractamente*, puede ser considerado una discriminación injusta, inmotivada o irracional —el plazo de prescripción diferente para intervenciones médicas *privadas* y *públicas* [nombre que les adjudico con licencia de vocabulario con el único fin de abreviar la explicación]—, no produce efecto agravante alguno para la recurrente, su demanda y su recurso, pues, como dije, la coloca en mejor posición y, pese a ello, no le alcanza para salvar su reclamo. La presunta lesión al principio de *igualdad*, aun de existir, es inocua para el recurrente en el caso; por lo contrario, lo beneficia pues extiende el plazo de prescripción, cuyo transcurso parece innegable.

3. Por consiguiente, aun cuando se pueda tolerar el explicar, de modo genérico, que el apartamiento de la regla de prescripción para la responsabilidad extracontractual (Cód. Contrav., 4037) puede constituir un caso de apartamiento de la competencia legislativa específica determinada por la C.N., art. 75, inc. 12 (numeración actual) —sólo en ese sentido puede constituir un agravio *federal*—, en tanto sustituye la competencia legislativa del Congreso de la Nación, por la legislación local (véase al respecto mi opinión y sus límites en “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Sociedad Italiana de Beneficencia de 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, sentencia del 17/11/2003, en especial, apartado II.2), lo cierto es que tal apartamiento, en el caso, no provoca agravio alguno para el recurrente; más aún, lo favorece a él.

4. Por último, la *arbitrariedad* —que como motivo del recurso por inconstitucionalidad he rechazado múltiplemente (“GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, CyJ, Fallos TSJBA, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, CyJ, Fallos TSJBA, cit., 2004, t. III, pp. 749 y ss.); más recientemente, mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792)— debe ser también rechazada, a más de por la jurisprudencia mencionada incluso por el señor juez de trámite, por carácter transitivo, puesto que una regla general de los recursos implica el reconocimiento del agravio como elemento insustituible de su admisibilidad. Tal agravio, en el caso, es tan sólo aparente.

5. El caso, entonces, resulta correcto en su solución final concedida por la Cámara, tanto respecto de su sentencia como en cuanto a la procedencia del recurso, a pesar de que pueda discreparse respecto de los motivos que fundan una y otra decisión. Si lo que se pretende, como se concluye del capítulo de los hechos enumerados por la misma demanda, es la responsabilidad del Estado local por el resultado dañino del hecho culposo de uno de sus agentes, en los términos de los arts. 1109, 1112 y 1113 y conc. del Cód. Contrav., como lo supone la propia sentencia de la Cámara (véase consid. 5 del voto de mayoría), esto es, responsabilidad pública oblicua por la obra imprudente de un agente estatal, él no supone otro resultado que aquél al cual se arribó, aunque el plazo de prescripción sea inferior al que fijó la Cámara (Cód. Contrav., 4037).

6. Sin embargo, la demanda supone, en su argumentación jurídica, que se trata de la *responsabilidad contractual*, por tratarse de un contrato entre el paciente y los médicos del hospital ciudadano acerca de la prestación del servicio de salud que, si bien no promete resultados, sí promete un cierto tipo de ejecución. A ello parece contestar la Cámara, sin renegar de su anterior calificación de la relación jurídica, teniendo al Estado local como demandado directo y principal —sin derivación de la responsabilidad del hecho del agente—, razón por la cual estima adecuado que el Estado local fije el plazo de la exigibilidad de sus deberes según su propio derecho público local, que obtiene, en el caso, por aplicación analógica.

Ni una ni otra cosa son, a mi juicio, ciertas, ni correctas. No corresponde que el Tribunal Superior de Justicia verifique, a partir de la prueba de los hechos, el tipo de relación jurídica existente entre el Estado, sus médicos y la paciente que concurre a uno de sus centros de salud, fundada en reglas de derecho privado y, por tanto, infraconstitucionales. Ello supondría, a la par de la valoración necesaria del material probatorio —acción tanto prohibida para el recurso interpuesto como inexistente en el caso—, una injerencia indebida en la interpretación de la ley común (infraconstitucional). Le basta con controlar los hechos alegados por la demanda (responsabilidad por el hecho del agente) y calificados por la sentencia (Cód. Contrav., 1112, voto de mayoría) para concluir en que *rigen las reglas del daño por hecho ilícito (extracontractual)*. Conforme con ello, la fundamentación anterior es válida, la queja no procede y la sentencia debe ser confirmada, maguer no concordar con sus fundamentos.

Por ello, de acuerdo con los dictámenes del señor asesor general tutelar y del señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por la parte actora.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan los principales con la queja.

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

XLIV

“HIPÓDROMO ARGENTINO DE PALERMO S.A.
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘HIPÓDROMO ARGENTINO DE PALERMO S.A.
C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES’”

**RECURSO DE QUEJA: Interposición
extemporánea. Medida cautelar. Sentencia definitiva**

Expte. n° 4263/05 - 22/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revocó la resolución de primera instancia que había hecho lugar a la medida cautelar solicitada por Hipódromo Argentino de Palermo S.A. —HAPSA— (fs. 19/25). La misma había dispuesto la suspensión de los efectos del dec. 1780/99 —que declaró la caducidad de la concesión de uso gratuito de un terreno a favor de Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos (hoy Lotería Nacional Sociedad del Estado), por extinción de la concesión de explotación del Hipódromo otorgada por la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires— y había ordenado al GCBA que se abstuviera de innovar respecto del estado de cosas existente respecto del predio en cuestión (fs. 6/8).

2. El 1/9/2005 la Sala II declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, por entender que en el presente caso, no existía sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. El tribunal *a quo* invocó jurisprudencia constante del TSJ que establece que, en principio, las resoluciones que acuerdan, deniegan o mantienen medidas cautelares no son susceptibles de revisión por vía del recurso de inconstitucionalidad y sostuvo que la parte no había acreditado que la resolución recurrida pudiese ser asimilable a sentencia definitiva (fs. 51/53).

3. Contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, HAPSA presentó su queja en la Mesa de Entradas de la Sala II de la Cámara

en lo Contencioso Administrativo y Tributario (véase cargo de fs. 62 vta.). El señor presidente de la Sala, con fecha 19/9/2005, dispuso que el escrito debía ser reservado en Secretaría a efectos de ser entregado al interesado, toda vez que correspondía interponer el mismo ante el Tribunal Superior de Justicia (fs. 63).

4. Finalmente, el día 23/9/2005, HAPSA presenta ante este Tribunal Superior de Justicia su recurso de queja, alega que por un error involuntario el escrito fue presentado ante la Cámara, y solicita se tenga por presentado en término. Añade la interesada que en la mesa de entradas de la Sala II le “ratificaron que allí se presentaba dicho recurso” (fs. 64).

5. Corrida la vista al Ministerio Público, el señor fiscal general adjunto propició desestimar el recurso impetrado toda vez que el mismo fue interpuesto fuera de término y tal circunstancia no es imputable a ningún sujeto más que al recurrente (fs. 72/73).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El art. 33 de la ley 402 dispone, en su parte pertinente, 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” (el agregado entre corchetes me pertenece). Del texto legal aludido se desprende con nitidez que el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado debe interponerse directamente ante este estrado. En consecuencia, toda vez que la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad en este caso fue notificada a la parte actora por la Cámara el día 8/9/2005 (fs. 69) y la presentación de la presente queja ante este Tribunal es de fecha 23/9/2005 (fs. 64 vta.), debe concluirse que la misma fue deducida fuera del plazo legal.

El Tribunal ya ha expresado que el plazo para deducir la queja es fatal y perentorio [*in re* “Fariña, Juan Jorge c/GCBA s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 566/00, sentencia del 21/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 412 y ss.; “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, entre otros] .

Por lo demás, cabe aclarar que no resulta aplicable en este caso el criterio adoptado en la causa “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Scurzi, Delia Liliana c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2518/03, resolución del 19/11/2003.

En aquella ocasión, en el voto que suscribí junto a mi colega, la Dra. Ana María Conde, sostuve que la aplicación literal del art. 28 de la ley 402 que regula la forma, plazo y trámite de interposición del recurso de inconstitucionalidad, revelaba un excesivo rigor formal que no se compadecía con un adecuado servicio de justicia y lesionaba los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3°). Ello así, debido a que en el expediente citado se desprendía de sus constancias que la Cámara había encomendado al juzgado de origen la notificación de su sentencia a las partes. Se dijo en aquel momento que la Cámara podría haber inducido a un error al recurrente, pues éste había presentado el escrito ante la unidad judicial que en definitiva le había notificado la decisión que pretendía objetar y donde físicamente se encontraba el expediente.

Toda vez que tales extremos no se verifican en el *sub lite*, aquel precedente no resulta aplicable a la situación que nos ocupa. En efecto, de las constancias de la causa no surgen circunstancias peculiares que permitan aseverar que se ha inducido a un error al impugnante. Tal como lo señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen de fs. 72/73, la falta de presentación del recurso según las formas prescriptas no es imputable a ningún sujeto más que al mismo recurrente. Si bien se alegó que “en la propia Mesa de Entradas de la Sala II nos ratificaron que allí se presentaba dicho recurso”, dicha manifestación aislada no puede eximir su responsabilidad ni justificar la omisión de presentar el recurso en tiempo y forma debidos, según la letra clara de la ley de rito (n° 402).

2. Sin perjuicio de lo expuesto, debe destacarse, a mayor abundamiento y *obiter dicta*, que la presente queja no se dirige a impugnar un pronunciamiento definitivo, como lo exige el art. 27 de la ley 402.

Este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que “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*: “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. n° 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,

Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

La recurrente, HAPSA, manifiesta que el perjuicio que le provocaría la sentencia de la Cámara que revocó la medida precautoria dictada en primera instancia, no sería exclusivamente económico (fs. 59). Sin embargo, en el escrito, la cuestión no se desarrolla de manera suficiente y satisfactoria. En efecto, no se acredita de manera alguna la entidad o envergadura del alegado perjuicio, ni en sus aspectos económicos, ni en aquellos otros que supuestamente también se generarían —de manera por demás escueta sólo se argumenta la hipotética repercusión que tendría una intimación cursada por el GCBA para desocupar el predio en el que se asienta el estacionamiento del Hipódromo sobre una alegada concesión celebrada con el Estado nacional.

En mi opinión, en estos términos, no se alcanza a demostrar que la sentencia recurrida provoque un daño de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior.

Por las razones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, propicio rechazar la presente queja. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto el criterio del juez de trámite, Dr. José O. Casás, respecto del rechazo de la queja deducida por Hipódromo Argentino de Palermo S.A.

2. A fs. 51/53, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora contra la sentencia de ese tribunal que revocó la medida cautelar dispuesta por el magistrado de primera instancia y notificó la decisión a la recurrente el 8/9/2005 mediante cédula obrante a fs. 69.

Contra la resolución denegatoria, Hipódromo Argentino de Palermo S.A. presentó recurso de queja ante la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario el 16/9/2005, según su cargo.

Por disposición del señor presidente de la Sala, el escrito referido fue reservado en Secretaría a efectos de ser devuelto al interesado “toda vez el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado se interpone ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 33 de la ley 402)” (fs. 63).

3. Ahora, ante el Tribunal, Hipódromo Argentino de Palermo S.A. acompaña la queja mencionada con un escrito de fecha 23/9/2005 (fs. 64) en el que manifiesta que “por un error involuntario el suscripto presentó el recurso de queja (...) ante la Sala II de la Cámara (...)”, y que “en la propia Mesa de Entradas (...) nos ratificaron que allí se presentaba dicho recurso”.

4. El art. 33 de la ley 402, párr. 1° prescribe: “Si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en *queja ante* el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula”, el destacado me pertenece.

Luego de que la decisión denegatoria le fuera notificada a la recurrente, ella se encontraba habilitada para interponer el recurso de hecho ante el Tribunal Superior dentro del término fatal y perentorio de cinco días (conf. *in re*, “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, sentencia del 18/12/2003), sin que la ulterior remisión del escrito a este estrado subsane dicha exigencia.

5. En la causa “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Scurzi, Delia Liliana s/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2518, resolución del 19/11/2005 adherí a la solución de mis colegas en el sentido de hacer lugar a un recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

La circunstancia “susceptible de generar un equívoco en el recurrente” que motivó mi voto a favor de la excepción no se da en el caso de autos. En efecto, aquí la quejosa para intentar justificar los vicios formales de su presentación aduce la existencia de un “error involuntario” y una información que dice haber recibido “en la propia mesa de entradas” donde le “ratificaron que allí se presentaba dicho recurso” (fs. 64).

Esas manifestaciones son insuficientes para habilitar la vía recursiva ante los términos precisos del art. 33 de la ley 402.

El dictamen del señor fiscal general adjunto indica que la “falta de presentación en término no es imputable a ningún sujeto más que al mismo recurrente” y los dichos de Hipódromo Argentino de Palermo S.A. lo corroboran.

Las consideraciones anteriores son, a mi juicio, suficientes para fundar el rechazo de la queja.

6. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 54/62 por Hipódromo Argentino de Palermo S.A.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja debe interponerse directamente ante el TSJ, dentro del plazo de cinco días posteriores a la notificación del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (art. 33, ley 402). Sin embargo, la queja planteada por Hipódromo Argentino de Palermo S.A. —HAPSA— lo fue ante la propia Cámara y, cuando se interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia (el 23/9/2005) la presentación resultó ampliamente extemporánea (la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad se había notificado el 8/9/2005). En consecuencia, el recurso no fue deducido en tiempo oportuno ni forma adecuada, circunstancia suficiente para resolver su improcedencia.

2. Por lo demás, tal como lo señalé reiteradamente, los pronunciamientos referidos a medidas cautelares no constituyen, en principio, *sentencias definitivas*, en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf. mis votos en

“Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 2570/03, y “Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario, denegado, en: ‘Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar’”, expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; “Unión de trabajadores de la Educación [UTE] c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2593/03, resolución del 21/4/2004; “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. n° 3259/04, resolución del 9/2/2005).

La recurrente tampoco acredita que la decisión de la Cámara genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva. Precisamente por ello, HAPSA procura que se soslaye el requisito de *sentencia definitiva* mediante el argumento de que, en este caso, se configura un supuesto de *gravedad institucional*. Ello es así, según lo expone la recurrente, porque el decisorio de la Cámara “[hace] cargar al administrado con las consecuencias de un conflicto entre dos jurisdicciones estatales” (fs. 58); en consecuencia, como también lo afirma reiteradamente, el perjuicio que le provocaría el pronunciamiento criticado no sería exclusivamente de carácter económico (fs. 59/59 vta.). Esta afirmación no se sustenta en un desarrollo comprensible ni satisfactorio, más allá de aquello que yo he intentado interpretar a partir del señalamiento de la supuesta “gravedad institucional”.

Por las razones expuestas, y de conformidad con la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, resuelvo rechazar la queja planteada por HAPSA.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a los votos del Dr. Casás y la Dra. Ruiz en tanto sostienen que la queja ha sido interpuesta en forma tardía y debe ser rechazada.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Hipódromo Argentino de Palermo S.A. a fs. 54/62.

2°. *Dar por perdido* el depósito de fs. 1.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se gire la queja al tribunal de mérito donde tramita la causa.

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

XLV

“BUSSO, RICARDO MARIO C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA - JUNTA ELECTORAL DE LA CIUDAD
AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/AMPARO”

**AMPARO: Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.
Designación de consejero por el estatuto de los abogados. Competencia
del Tribunal Superior de Justicia. Medida cautelar. Peligro en la demora**

Expte. n° 4576/06 - 22/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Ricardo Mario Busso promueve acción de amparo (fs. 7/10) contra el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “para que se disponga mi designación como Consejero, por el Estatuto de los Abogados, hasta completar el mandato dejado vacante por la renuncia de quienes me precedían en la lista que integré para participar de las elecciones celebradas para elegir representantes del mencionado Estatuto en el año 2002”.

Acompaña copia de la nota dirigida al Consejo de la Magistratura, presentada el 18/10/2005, en la que solicitó ocupar el cargo vacante, y señala que no ha obtenido respuesta al momento de la presentación ante el Tribunal.

El actor considera que tal situación conculca las garantías de los art. 37, C.N. y 62, CCBA, en lo que se refiere al “pleno ejercicio de los derechos políticos que, obviamente, comprende el de elegir y ser elegido... que el elegido pueda ejercer las funciones para las que ha sido seleccionado por los electores. Y que éstos estén debidamente representados”. Hace también hincapié en el aspecto institucional —funcionamiento del Consejo con una integración incompleta— y cita en apoyo de su pretensión lo resuelto por el tribunal en el expte. n° 4124/05, “Baldomar, Ricardo Félix s/amparo”.

Por último, el interesado solicita que el Tribunal ordene como medida cautelar que, hasta tanto se resuelva la causa, se lo “ponga en posesión del cargo, previo juramento de ley que deberá tomarme la Legislatura de la Ciudad” (fs. 9 vta.).

A fs. 13/14 dictamina el señor fiscal general adjunto. Propicia la competencia del Tribunal, admite la procedencia formal de la vía del amparo, opina que no debe hacerse lugar a la cautelar requerida y considera que la demanda debió haberse dirigido contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

FUNDAMENTOS:

1. El Tribunal resulta competente para entender en la cuestión planteada (conf. art. 113, inc. 6º, CCBA y el criterio establecido en los exptes. n° 1187/02, “Arias, César Augusto c/Colegio Público de la Capital Federal —Junta Electoral— s/amparo”, resolución del 4/11/2002, expte. n° 2956/04, “Garavano, Germán Carlos y otra c/Consejo de la Magistratura - Junta Electoral s/medida cautelar autónoma”, resolución del 23/3/2004, y expte. n° 4124/05 “Baldomar, Ricardo Félix s/amparo”, resolución del 19/9/2005).

2. Se dará a esta causa la tramitación prevista en la ley 402, art. 43 y, como la demanda se ha dirigido contra el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, organismo que —conforme al art. 20, de la ley 31— es quien tiene la facultad de expedirse acerca de la validez de la elección y los títulos de sus miembros, se le concederá traslado por el término de cinco días.

3. La medida cautelar que se peticiona no es admisible. El procedimiento fijado en el apartado anterior tiene la celeridad necesaria para aventar cualquier peligro en la demora que pudiere afectar los eventuales derechos del peticionario.

Por todo ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la medida cautelar requerida a fs. 10 vta., punto 9.3.

2º. *Correr* traslado por el plazo de cinco (5) días de la presentación de fs. 7/10 —y de toda la documentación acompañada— al Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Mandar* que se registre y se notifique a la partes y al señor fiscal general adjunto.

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

XLVI

**“VIALE, ENRIQUE MATÍAS Y OTROS C/GCBA
S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”**

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Leyes 1356 y 1540. Procedimiento de doble lectura

Expte. n° 4353/05 - 23/3/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

Los Sres. Enrique Matías Viale y Eduardo Alberto Losoviz promueven a fs. 11/17 la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 1356 y 1540 “por ser manifiestamente contrarias al art. 89 de la CCBA”.

En sustancia sostienen que ambas leyes regulan materias que son propias del Código Ambiental, para cuya sanción —o modificación— la CCBA exige el procedimiento de doble lectura (art. 89, inc. 1º), y que dicho trámite no ha sido observado ni para la ley 1356 de “Calidad Atmosférica”, ni para la 1540 de “Control de la Contaminación Acústica”.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Los actores están legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. También se satisface la exigencia prevista en los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 de la L.P.T., pues las normas impugnadas —leyes 1356 y 1540— emanan de autoridad local —la Legislatura de la Ciudad— y son de carácter general.

3. Ambas leyes son atacadas por razones de naturaleza constitucional local —violación del procedimiento de doble lectura exigido para su sanción en los arts. 89 y 90 CCBA— con lo que se verifica otro de los requisitos del art. 113, inc. 2º, CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. La demanda cumple con la exigencia de fundamentación prevista en el art. 19, inc. 2º, de la L.P.T. y en la jurisprudencia del Tribunal (*CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *in re* “Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, entre otros).

En efecto, como se dijo *supra*, los actores alegan la violación del procedimiento de doble lectura exigido en los arts. 89 y 90, CCBA para la sanción de las leyes impugnadas. Asimismo, sostienen que se ha afectado el “principio de participación” al obviarse la “necesaria intervención de la sociedad civil” —audiencia pública mediante— en “clara[] viola[ción] del art. 89 de nuestra Constitución ciudadana”.

Además, en el petitorio la actora se circunscribe a pedir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de las normas mencionadas (fs. 17).

5. Por lo expuesto, el Tribunal es competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, ley 402). En consecuencia, se ordenará el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el artículo citado.

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

Adherimos a lo expresado por la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 11/17 por los Sres. Enrique Matías Viale y Eduardo Alberto Losoviz.

2°. *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 se fije.

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

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

XLVII

“AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA
DE BUENOS AIRES C/COORDINACIÓN ECOLÓGICA
ÁREA METROPOLITANA SOCIEDAD DEL ESTADO (CEAMSE)
S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Cuestión federal. Denegatoria de la competencia federal. Sentencia equiparable a definitiva. CEAMSE. Aplicación del derecho público local. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 3944/05 - 23/3/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado interpone recurso extraordinario federal (fs. 314/346) contra la sentencia de fs. 290/309, que rechazó la excepción de incompetencia y la citación de terceros solicitada por CEAMSE a fs. 248/269.

2. Del recurso se dio traslado a la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires que en su contestación, se opuso a la admisibilidad y a la procedencia del recurso (fs. 466/475).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La aptitud del Tribunal en relación con el control de admisibilidad del recurso extraordinario en casos como el que ha sido traído a decisión es claramente formal. Según la reiterada y constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. *Fallos*, 311:2701; 314: 848; 316:2410, entre muchos otros), basta que al recurrente le sea rechazada la competencia de la justicia federal que invoca para que la denegatoria se equipare a sentencia definitiva. Cumplida esta condición queda abierta la vía federal prevista en el art. 14 de la ley 48.

Desde esta perspectiva, el recurso traído por CEAMSE en tiempo oportuno debe ser admitido, sin que esta admisión lleve implícito el reconocimiento del carácter vinculante de la doctrina de la Corte, el cual no forma parte de nuestro sistema jurídico.

En otros términos y solo por el modo en que la Corte entiende configurada una cuestión federal siempre que una decisión judicial da primacía a la competencia local frente a la competencia federal, voto por conceder el recurso extraordinario federal.

Y ello, sin perjuicio de tener la certeza de que, aún satisfecha la condición de admisibilidad formal fijada por la aludida jurisprudencia federal, la vía extraordinaria que intenta CEAMSE es improponible, como surge de las consideraciones que formulo en los apartados que siguen.

2. Las manifestaciones de CEAMSE, en el escrito de fs. 314/346 carecen de entidad para conmover lo decidido por el Tribunal y sólo revelan el desacuerdo de la quejosa con la solución dada en la interlocutoria. CEAMSE acumula una serie de afirmaciones que no explica, en el intento fallido de sostener la impugnación.

El recurso es, en este sentido, una colección ininterrumpida de digresiones, de las cuales destaco las referencias erráticas a la competencia federal que el recurrente intenta desarrollar a fs. 317, la falta de atingencia de la jurisprudencia citada a fs. 328, o la falta de autonomía que exhibe el punto 4 del recurso (fs. 334 vta.) al remitirse a escritos anteriores respecto de “acuerdos que allí se mencionan”. De su lectura se sigue, sin dudas, que ninguna de las consideraciones que lo integran alcanza siquiera a esbozar, una “cuestión federal”.

El recurso se reduce a la reproducción del planteo original que el recurrente introdujera al oponer la excepción de incompetencia ante el Tribunal; carece de fundamentos nuevos, excepto la inclusión de la tacha de arbitrarie-

dad respecto de la resolución impugnada. En lo que hace a este supuesto agravio, vale recordar que, como lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y que no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos* 235: 654; 244:384; 248:129; entre otros).

3. La apelación a la clasificación entre “decisiones genéticas y funcionales”, es insustancial. CEAMSE dice que la demanda de la Auditoría afectaría decisiones (“genéticas y funcionales”) que en la etapa fundacional fueron tomadas por los estados intervinientes. La mención de las categorías indicadas no es más que un juego argumentativo —de muy poca entidad y que implica un equívoco— a través del cual el recurrente afirma que el lugar que ocupa como sujeto de derecho es solo aparente, ya que correspondería a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires, lo cual implica. Por otro lado, es obvio que si la aserción que el recurrente formula fuera correcta, CEAMSE dejaría de existir como sujeto de derecho y perdería toda legitimación para intervenir en estas actuaciones como lo hace.

CEAMSE no es una “unión transitoria de sujetos autónomos federales” sino una sociedad del Estado que puede ser abarcado por disposiciones del derecho público local, como son las que regulan las atribuciones de la Auditoría General.

4. Aún más sorprendentes y desacertadas son sus manifestaciones en cuanto a que el Tribunal ha cambiado el objeto de la pretensión.

En rigor, CEAMSE no refuta ninguna de las normas a partir de las cuales el Tribunal definió el objeto de la demanda para defender la competencia local en una resolución que contiene, para no dejar dudas, la transcripción literal de la pretensión de la actora. CEAMSE confunde el objeto del presente juicio con apercibimiento extraprocesales que la actora le hiciera (véase fs. 320), que son en todo caso, parte de los fundamentos de la pretensión pero que no pueden ser confundidos con ella.

Por fin, cabe agregar que la discusión en torno a si hubo o no modificación del objeto del pleito nunca podría dirimirse en este estadio del proceso, ni en sede federal ya que la sentencia interlocutoria recurrida no decide nada sobre el fondo, y, sólo es definitiva a los fines del recurso extraordinario en virtud de la jurisprudencia de la Corte a la que aludí en el apartado 1.

5. En cuanto a que la pretensión de la Auditoría constituiría una invasión “de la competencia de otro integrante de la sociedad” y que el “control de legalidad” se encuentra debidamente satisfecho con la existencia de “un dispositivo de control de ambas jurisdicciones, oportunamente convenido y

perfeccionado en el tiempo” (fs. 321 vta. y 322) al que alude el recurrente, el argumento tampoco es sustentable como cuestión federal. Y en otro orden de ideas esa visión parece desconocer que más allá de que la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires “hayan convenido cómo se controlarían”, ese mecanismo no desplaza otros controles de origen constitucional o legal de carácter externo (conf. arts. 1º, 5º y 27, C.N.), en el marco de un estado de derecho y con vistas a asegurar la mayor transparencia de actuación en el espacio público.

6. Las reflexiones de los apartados 2 a 5 dejan en claro que el recurrente no introduce ninguna cuestión federal que amerite el avocamiento de la Corte Suprema de Justicia frente al rechazo de la excepción de incompetencia, pese a lo cual me inclino en este caso por orientar mi voto en el sentido de conceder formalmente el recurso.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Ninguno de los agravios contenidos en el recurso interpuesto por el CEAMSE contra la decisión de fecha 30/11/2005 constituyen alguno de los supuestos del art. 14 de la ley 48. No lo es la circunstancia invocada acerca de los lugares donde se desarrolla la actividad, por la simple razón de que no es la ubicación geográfica o física de las entidades sino, la naturaleza federal de las normas cuya inteligencia se discute, lo que computa el referido art. 14 como circunstancia cuya concurrencia suscita la jurisdicción extraordinaria federal. Tampoco la ocasionan los acuerdos celebrados entre la provincia de Buenos Aires y el GCBA, puesto que de ser así la materia federal podría ser creada por las provincias, cosa que está muy lejos de las hipótesis del art. 14 de la ley 48, o mejor aún, de las del art. 116, C.N., universo este último que limita tanto la jurisdicción apelada de la Corte Suprema de Justicia como la jurisdicción federal. El punto relativo a la intervención de la provincia de Buenos Aires en el pleito es de naturaleza procesal y, por ende, no susceptible de conocimiento por la Corte Suprema, aun cuando estuviera regido por normas federales, circunstancia que no concurre en el caso. Por su parte, tanto la ley 19.550 como la 20.705 son fruto del ejercicio de la atribución conferida al Congreso de la Nación por el inc. 12 del art. 75, C.N., razón por la cual pesa sobre su interpretación final la reserva contenida en el mentado art. 75, inc. 12, congruente con la prevista en el 116, C.N. La primera de esas normas, regula una materia que tradicionalmente forma parte de las contempladas en los códigos de fondo. En cuanto a la segunda, sólo en uso de la competencia prevista en el art. 75, inc. 12, C.N. pudo el legislador nacional sancionar una ley como la 20.705, destinada a regular las sociedades del estado de manera uniforme para todo el país. Si así no fuera, esto es, si se las considera parte del derecho público, sólo las provincias tendrían potestad para producir una regulación semejante. Finalmente, las arbitrariedades invocadas no son materia acerca de las que puede expedirse este Tribunal.

Por todo ello, corresponde denegar el recurso extraordinario con costas (art. 68, CPCCN).

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

1. En el caso se objeta la decisión interlocutoria de este Tribunal que resolvió (con carácter previo al dictado de la sentencia sobre el fondo de la cuestión debatida) rechazar la excepción de incompetencia planteada y la citación de terceros solicitada por CEAMSE.

Como fundamento básico de su reproche, CEAMSE argumenta que en el caso ha mediado denegatoria del fuero federal y, como es sabido, la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que tales decisiones habilitan la instancia extraordinaria (*Fallos*, 316:2410, entre muchos otros).

2. No obstante, en este caso, el recurso no puede tener favorable acogida dado que nuestro Máximo Tribunal federal, también en reiteradas ocasiones, ha sostenido que a la hora de invocar la competencia federal se requiere la prueba de los extremos necesarios para su otorgamiento (conf. doctrina de *Fallos* 135:431; 252:328; 259:227; 293:21; 304:1013; 305: 70; 311:2178). Así, *in re*: “Iver Aníbal Toledo y otro v. Metrogas S.A.” —*Fallos*, 319:2857—, sentencia del 3/12/1996, se dejó expresado en el Dictamen del Procurador General al cual se remite el pronunciamiento *brevitatis causae*: “...sabido es que quien invoca el fuero federal debe demostrar los extremos necesarios para hacerlo surtir... sin embargo, ello no ha ocurrido en el *sub lite* toda vez que no se ha acreditado que el suceso descripto haya podido afectar, de modo directo, el servicio público que presta la demandada; ...ni que en autos se encuentre comprometido un interés nacional”. Desde esta perspectiva, es claro que el escrito recursivo de CEAMSE no contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia de este Tribunal sobre el punto, pues no rebate los argumentos expuestos en el decisorio mediante un desarrollo claro y preciso orientado a demostrar la existencia de una cuestión de naturaleza federal. Esta insuficiencia argumental —insusceptible de ser salvada mediante la mera invocación de la arbitrariedad, que sólo traduce la discrepancia del recurrente con la decisión contenida en la sentencia—, pone de manifiesto que no se ha desarrollado fundadamente una cuestión que encuadre en alguno de los supuestos del art. 14 de la ley 48 y permita así habilitar la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cabe recordar aquí la inveterada jurisprudencia del Tribunal cimero que establece que la crítica concreta y razonada de todos los argumentos en que se apoya el fallo recurrido es indispensable ya que, de lo contrario, el recurso carece del requisito de fundamentación autónoma que exige el art. 15 de la ley 48 (doctrina de *Fallos*, 303:620, 1517; 305:2049; 307:1873; 316:2723).

El recurso interpuesto, entonces, se limita a reiterar lo manifestado en oportunidad de interponer la excepción de incompetencia y la solicitud de citación de terceros, sin controvertir los fundamentos de la sentencia objetada, ni demostrar de qué manera se incurre en la causal de arbitrariedad invo-

cada. En este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “la doctrina de la arbitrariedad es estricta en su aplicación, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

En suma, por lo expuesto y atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, la reproducción de agravios y alegaciones genéricas que sólo traducen la disconformidad del recurrente con los fundamentos del fallo, no son suficientes para habilitar la procedencia del recurso deducido.

Por lo demás, la solución que proponemos se ve recomendada por cuanto permitirá, sin dilaciones ni connivencias posibilitar la más rápida rendición de cuentas sobre el uso que se ha hecho de dineros públicos, garantizando la transparencia que reclama una gestión republicana de los recursos.

Por ello, votamos por declarar inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto, con costas (art. 68, CPCCN).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Según lo he expresado reiteradamente, no desconozco que la CSJN equipara la resolución que deniega el fuero federal o nacional oportunamente invocado por el recurrente a una sentencia definitiva, como lo indica en el punto 1 de su voto la señora jueza de trámite, mi colega Alicia E. C. Ruiz (conf. mis votos en “GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2314/03, sentencia del 5/11/2003 y “Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]’”, expte. n° 2330/03, resolución del 11/12/2003).

Sin embargo, tal como lo dispuse al pronunciarme en “GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, resolución del 21/3/2001, la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. No lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales.

En verdad, como sucede en este caso, tal decisión, cuando alcanza la última instancia permitida por las leyes procesales, puede plantear, eventualmente, si el tribunal en disputa no admite la competencia que le es adjudicada unilateralmente por otro tribunal —o cuando, por lo contrario, ambos tribunales se declaran competentes—, un conflicto de competencia que debe ser resuelto por un tribunal específico, el primer tribunal común a ambos, en este caso, la Corte Suprema de

Justicia de la Nación. De tal manera, lo que hasta ahora ha sucedido ha sido la resolución que pone fin a la mitad de un eventual problema de competencia, y no es posible, por la vía de declarar a esa resolución como definitiva o equiparable a una decisión de este tipo, transformar las reglas que debe seguir un problema de competencia según la ley (conf. mi voto *in re* “Soto”, ya citado).

Ello habría sucedido de haber elegido el recurrente (CEAMSE) la vía de la inhibitoria ante el magistrado que juzgaba competente, con lo cual su posición no hubiera sido simplemente negativa, como en verdad lo es.

Pese al contenido material de mi voto, si no se trata de una resolución con carácter de definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso extraordinario federal previsto por el art. 14 de la ley 48 resulta improcedente, y es esto lo que ocurre en el caso planteado; las costas deberán ser soportadas por la parte vencida (art. 68, CPCCN).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No conceder* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado a fs. 314/346. Con costas.

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

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

XLVIII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA JUANA Y OTROS C/GCBA (SECRETARÍA DE EDUCACIÓN) S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)’”; AGREGADO AL EXPTE. Nº 1820/01 DEL REGISTRO DEL FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Docente. Adicionales salariales. Rubros

no remunerativos. Interpretación de normas locales. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4075/05 - 29/3/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Un grupo de docentes de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 471/478 vta.) contra la sentencia del 14/12/2005 por la cual el Tribunal admitió parcialmente los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA y revocó la decisión de fs. 318/322 en cuanto reconocía carácter bonificable a los adicionales implementados por los decs. 4748/90 y 1442/98 y condenaba al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora.

El GCBA también dedujo recurso extraordinario federal (fs. 481/490) contra la decisión del Tribunal ya que al denegar parcialmente su queja mantuvo la resolución de la Sala II que atribuyó naturaleza remuneratoria a los suplementos creados por los decs. 4937/91 y 5787/91 y dispuso la obligación de liquidar los montos que en concepto de SAC se adeuden a las actoras.

2. Corridos los traslados, ambas partes solicitaron el rechazo de la presentación de la contraria (fs. 494/497 y 499/503 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Las cuestiones planteadas en ambos recurso guardan similitudes con las que en otros precedentes resolviera el Tribunal (conf. GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bartulos, Alicia Norma y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3982, resolución del 1°/3/2006 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oteiza, Elsa Beatriz c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 4000, resolución del 1°/3/2006).

2. En los apartados siguientes, agregó fundamentos y reproduzco las consideraciones que ya expusiera en los expedientes mencionados para justificar la solución denegatoria.

A) Recurso de la actora.

3. El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente. Sin embargo, no puede ser admitido.

Las manifestaciones formuladas por la recurrente en el escrito de fs. 471/478 vta. son insuficientes para habilitar el tratamiento del recurso por la CSJN.

La actora impugna, por inconstitucional, la sentencia del Tribunal en cuanto reconoció jurisdiccionalmente la naturaleza no bonificable del suplemento creado por el dec. 1442/98.

Ella sostiene que el decreto mencionado es contrario al ordenamiento legal vigente, en general, y al art. 14 bis, C.N., en particular (fs. 474).

La recurrente se limita a citar derechos y principios constitucionales —presuntamente afectados— sin articular una cuestión federal ya que, esa

mención no es acompañada, luego, por un desarrollo argumental que explique o justifique el agravio invocado.

4. Los docentes critican la interpretación del Tribunal en torno al carácter no bonificable del adicional referido más arriba pues —según lo entienden— ella es contraria a los términos del art. 43, CCBA en cuanto dispone que “el tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme los principios del derecho de trabajo” y aquí se decidió “en perjuicio de los docentes” (fs. 474).

Este motivo de impugnación tampoco habilita la vía extraordinaria intentada ya que su dilucidación sólo requiere interpretar normativa infraconstitucional de naturaleza local, cuestión ajena al ámbito del recurso presentado y, en tal sentido, resulta aplicable la reiterada doctrina de la CSJN que excluye la existencia de una cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de interpretar normas y actos locales (*Fallos*, 114:42, 273:347, 288:201, entre muchos otros).

5. La recurrente afirma que la decisión del Tribunal es arbitraria ya que ignora la Ley de Dignidad del Salario Docente y comprende una “consideración sólo aparente de los hechos expuestos, con manifiesto error en cuanto a la aprehensión de su significado” (fs. 477).

Los razonamientos de la presentación de fs. 471/478 vta. revelan únicamente el desacuerdo de la actora con la solución del pleito sin articular, tampoco en este punto, una cuestión federal.

Como lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129; etc.).

6. Los actores consideran que la sentencia en recurso, al revocar la condena impuesta al GCBA para que regularice su situación previsional, convalida la evasión de la demandada en relación con las “obligaciones que le correspondían con respecto a los aportes a las cajas” (fs. 475), afectando, por esa razón, derechos reconocidos por la C.N.

En este punto, la recurrente se limita a discrepar con el criterio del Tribunal sin articular un caso federal ya que, ni siquiera indica cuáles serían los derechos constitucionales que considera vulnerados. Tampoco la transcripción de jurisprudencia, orientada en sentido diverso al que propicia la sentencia en crisis, suple la carencia de fundamentación.

7. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por la actora, con costas.

B) *Recurso del GCBA.*

8. El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente. Sin embargo, no puede ser admitido.

La recurrente impugna, por inconstitucionalidad y arbitrariedad, la sentencia del Tribunal en cuanto “mantuvo la decisión de Cámara” que reconoció jurisdiccionalmente el carácter remunerativo de los adicionales implementados por los decs. 4937/91 y 5787/91.

El GCBA invoca los derechos establecidos en los arts. 1º, 17, 18, 19, 31 y 33, C.N.

En la sentencia recurrida, no traté los agravios del Gobierno vinculados a dicha cuestión pues, consideré que los defectos formales de la queja me impedían entrar en el análisis del asunto y que, en este punto, el desarrollo argumental del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad era acertado y coincidía —sustancialmente— con el criterio que, en expedientes similares al presente, adoptó el Tribunal (conf. mi voto en: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3928; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3899 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3898).

El recurso extraordinario reproduce, en esta materia, los términos del recurso de inconstitucionalidad denegado sin refutar —ni mínimamente— los motivos que fundan la inadmisibilidad de la queja.

Resulta aplicable, entonces, la doctrina de la CSJN según la cuál las decisiones de los tribunales locales que declaran la improcedencia de recursos de esa naturaleza son, en principio, irrevisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819 y 311:101, entre otros y de este Tribunal, la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2184/03, resolución del 13/8/2003).

9. Los razonamientos expuestos en la presentación de fs. 481/490 sólo revelan el desacuerdo de la quejosa con la solución del pleito sin articular un caso federal.

Según lo tiene dicho la CSJN, la arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) y que no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129; entre otros).

10. El GCBA considera que el fallo parcialmente confirmado por el Tribunal —al obligar a su parte a liquidar el SAC con sustento en el pretendido carácter remunerativo de ciertos adicionales— vulnera la autonomía local (arts. 31, 121 y 129, C.N.) dado que, según lo entiende, la Cámara “pretende hallar el auténtico concepto ‘remunerativo’ en la ley 24.241” extendiendo, por lo tanto, “la jurisdicción nacional sobre asuntos que son de neto corte local” (fs. 487).

La recurrente sostiene que “ninguna mención se efectúa sobre el particular en la sentencia dictada por el Tribunal Superior” (fs. 489). En tanto el recurso de inconstitucionalidad denegado no contenía ninguna referencia a esta cuestión que, recién es presentada en la queja y reproducida en el recurso extraordinario federal, nada correspondía decir en la sentencia.

En consecuencia, la extemporaneidad del planteo define el rechazo de este agravio.

11. Con fundamento en las consideraciones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA, con costas.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Comparto la solución contenida en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia Ruiz, en cuanto arriba a la propuesta de denegar los recursos extraordinarios interpuestos por la parte actora y el GCBA. Como mi colega lo señala en el primer apartado de su voto, el asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido en las causas “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bártulos, Alicia Norma y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3982/05, resolución del 1°/3/2006 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oteiza, Elsa Beatriz c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 4000/05, resolución del 1°/3/2006. Los fundamentos que desarrollé para denegar los recursos extraordinarios federales en ambos casos mencionados son extrapolables al *sub examine* y suficientes para fundar mi decisión de rechazar la vía recursiva intentada tanto por la actora como por el Gobierno (fs. 471/478 vta. y 481/490, respectivamente), con costas.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

Ni la apelación extraordinaria deducida por la parte actora ni la de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires resultan admisibles, en tanto los decs. 4937/91, 5787/91, 4748/90, 1442/98, la ordenanza 40.593 y la CCBA —todas normas locales no tachadas oportunamente de inconstitucio-

nales por los recurrentes— brindan apoyo suficiente a la sentencia atacada. Es decir, esas normas justifican la totalidad de lo resuelto, de un modo independiente de normas federales. En cuanto a la arbitrariedad invocada (a fs. 477vta. por los actores, y a fs. 486/487vta. por el Gobierno de la Ciudad), esa tacha no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos de desaciertos de gravedad extrema que impidan calificar como acto jurisdiccional las sentencias que los padecen (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, entre otros). En este aspecto, la Corte tiene dicho que la denuncia de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a normas de derecho público local cuestión extraña al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757). Las circunstancias apuntadas privan a la cláusula constitucional invocada por la parte actora (art. 14 bis C.N.), de relación directa con la solución del caso [*Fallos*, 300:130 y TSJ *in re* “Alto Palermo Shopping Argentino S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Alto Palermo Shopping Argentino S.A. c/GCBA (DGR —resol. 3106-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR’”, expte. n° 2094/03, sentencia del 21/5/2003].

A su vez, tampoco surte la jurisdicción extraordinaria de la CSJN la interpretación de normas y actos locales (*Fallos*, 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre muchos otros).

Finalmente, ha resultado imposible a este Tribunal analizar el agravio de la demandada relativo a la afectación de la autonomía de la Ciudad, por impedirle otorgar adicionales que no devenguen SAC, por haber sido introducido al momento de interponer el recurso de queja, circunstancia que obsta a que sea contemplado a los actuales fines. Por lo demás, no es posible encuadrarlo en el art. 14 de la ley 48.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución que contiene el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propone denegar los recursos extraordinarios interpuestos por la parte actora y por la demandada, el GCBA.

Tal como lo sostiene mi colega, las cuestiones centrales planteadas en el caso resultan similares a las abordadas por este Tribunal en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bartulos, Alicia Norma y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3982, resolución del 1°/3/2006 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oteiza, Elsa Beatriz c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 4000, resolución del 1°/3/2006.

2. En primer lugar, los recursos interpuestos por ambas partes no resultan admisibles toda vez que la cuestión debatida no reviste carácter federal. La decisión recurrida interpreta y se funda en los decs. 4748/90, 4937/91, 5787/91, 1442/98 y la ordenanza 40.593 —todas normas locales no tachadas

oportunamente de inconstitucionales por las recurrentes—. Por ello, resulta aplicable la constante jurisprudencia de la CSJN que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de la interpretación de normas y actos locales (*Fallos*, 114:42; 273:347; 303:769; 308:1577, entre muchos otros). A partir del encuadre normativo antes reseñado, era indispensable que las recurrentes relacionaran de manera directa la materia del litigio con los preceptos de naturaleza federal invocados (en el caso de la parte actora, con los arts. 14 bis y 31, C.N. y, en el caso del GCBA, con los arts. 17, 18, 31, 121 y 129, C.N.), con la finalidad de habilitar la instancia de excepción ante el Tribunal cimero. Sin embargo, en ninguno de los recursos los pretendidos agravios federales han sido expuestos de manera eficiente ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

3. En segundo término, ambas recurrentes intentan suplir la ausencia de cuestión federal mediante la invocación de la doctrina de arbitrariedad de sentencia. La parte actora considera que la sentencia recurrida ignora la vigencia de la Ley de Dignidad del Salario Docente (fs. 477 vta.). Sin embargo, debe recordarse que, tal como lo señala la señora jueza de trámite en el punto 5 de su voto, la doctrina de la arbitrariedad no cubre las meras divergencias del apelante con la sentencia recurrida. En este sentido, el recurso expresa, exclusivamente, la discrepancia con la interpretación efectuada por el Tribunal respecto de aquellas normas locales que dieron fundamentos al decisorio cuestionado, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad. La demandada también pretende introducir la cuestión constitucional federal por arbitrariedad de sentencia y, para ello, manifiesta que el decisorio “al prescindir absolutamente de los argumentos de esta parte, incurre en típica causal de arbitrariedad” (fs. 486). Sin embargo, según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su inveterada jurisprudencia, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solamente aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (*Fallos*, 310:1835, 2012, entre muchos otros). En el presente caso, la recurrente no logra demostrar que el pronunciamiento impugnado carezca de fundamentación o se base en la simple voluntad de los jueces, por el contrario, los agravios planteados sólo reflejan su desacuerdo con la interpretación de las reglas de carácter no federal aplicables para la decisión del litigio.

4. Por último, el GCBA manifiesta que la sentencia recurrida “conlleva una severa limitación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, constitucionalmente acordada” (fs. 487 vta.). Lejos de plantear una verdadera cuestión federal, con la afirmación antecedente sólo se pretende introducir al debate un argumento ausente del recurso de inconstitucionalidad (que el Tribunal no consideró al resolver la queja de la interesada, por tratarse de una reflexión tardía).

Por las razones expuestas, corresponde denegar los recursos extraordinarios interpuestos por la parte actora y el GCBA, con costas (art. 68, CPCCN). Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* los recursos extraordinarios deducidos por la actora y por el GCBA, con costas.

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

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

XLIX

“JACHIK SACYF S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘JACHIK S.A.
C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Mejoras introducidas en el inmueble.

Valuación fiscal. Derecho público local. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4086/05 - 29/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Jachik SACyF interpuso recurso extraordinario federal (fs. 110/115) contra la decisión de fecha 14/12/2005 por la que el Tribunal decidió rechazar la queja que por recurso de inconstitucionalidad denegado que oportunamente interpusiera ante este estrado.

Por su parte, la Procuración General de la Ciudad, al contestar el traslado ordenado a fs.116, solicitó el rechazo del recurso impetrado (fs. 118/131).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal cumple con los requisitos formales exigidos, en tanto ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48, y arts. 256 y 257 del CPCCN). Sin embargo, no puede prosperar.

2. Jachik SACyF reitera, en lo sustancial, lo expuesto en el recurso de inconstitucionalidad. Así quedó expresado en esta instancia que la contribuyente no había logrado plantear con éxito un caso constitucional, señalando de modo expreso en la sentencia que desestimó la queja, que la contribuyente, “en el recurso de inconstitucionalidad que intenta traer a consideración de este estrado, pretende que el Tribunal revise la valoración que efectuó la Cámara de las pruebas incorporadas tanto en primera como en segunda instancia” (véase punto 1 de mi voto, fs. 101, y con mayor desarrollo el punto 3, fs. 102/103). En otras palabras, la interesada circunscribió sus planteos a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

En el remedio federal también se observa que el reproche de la actora se traduce en una discrepancia con la sentencia del Tribunal que, en atención a las razones expuestas por dicha parte en el recurso de queja y en el de inconstitucionalidad, consideró que lo que se intentaba era una revaloración de los hechos invocados y elementos probatorios obrantes en la causa, así como de las reglas procesales que regulan la incorporación de pruebas (cuya constitucionalidad no fue puesta en debate); aspectos que, como es sabido, resultan ajenos al ámbito del recurso que aquí se intenta (*Fallos*, 310:2376, entre otros).

Por lo demás, la cuestión de fondo debatida en el expediente —esto es, si la parte ocultó o no las mejoras introducidas al inmueble que incidían en su valuación fiscal a los fines de los gravámenes locales, y la posibilidad, en caso afirmativo, de disponer el revalúo en forma retroactiva— es una materia propia del derecho público local y de los jueces de la causa. Ya que, como se ha sostenido desde antiguo, los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos*, 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto 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 doméstico (*Fallos*, 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros).

3. La firma recurrente pretende delinear la cuestión federal con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por violación a la garantía constitucional de defensa en juicio. Pero, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la denuncia de arbitrariedad, no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757); tampoco esa calificación tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, 304:175, entre muchos otros).

4. Asimismo, en punto al agravio esgrimido por la recurrente en cuanto al “exceso ritual manifiesto” en que habría incurrido la sentencia de este Tribunal al no haber tenido en cuenta el plano de los pisos 2º y 3º del inmueble, que fue incorporado como hecho nuevo con posterioridad a la sentencia de Cámara, valga señalar aquí, tal como lo hice en el punto 5 de mi voto en la sentencia que rechaza la queja que “sin perjuicio de las amplias facultades ordenatorias e instructorias que los jueces tienen reconocidas del proceso (art. 29, CCAyT) para arribar en sus sentencias a resultados concretos que armonicen con los principios axiológicos de justicia que inspiran nuestro ordenamiento y no a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas; *en esta causa, el ámbito cognoscitivo y defensivo del proceso, permitió a la contribuyente, ‘Jachik SACyF’, exponer ante los jueces de las dos instancias anteriores, en la oportunidad debida, sus argumentos, su pruebas, las razones de hecho y de derecho que consideró adecuados para hacer valer sus derechos e impugnaciones y para debatir, precisamente, si el error en la valuación... fue atribuible a la Administración que formula el reclamo de pago o a ella, en tanto contribuyente que lo rehuye*” (el destacado en bastardilla no obra en el texto original).

De la transcripción precedente resulta nítido que la decisión exhibe fundamentos suficientes que la ponen al abrigo de la tacha de arbitrariedad agitada por la recurrente, puesto que satisface el derecho al debido proceso que asiste a los justiciables, tanto en lo relativo a los preceptos del derecho local aplicables y vigentes al momento del revalúo que se invocan, cuanto en los hechos efectivamente comprobados de la causa que le dan sustento.

5. Por las razones brindadas en los puntos precedentes corresponde denegar el remedio extraordinario federal planteado. La costas de la incidencia se imponen a la parte vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo voto.

Los jueces JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por Jachik S.A. ha sido interpuesto oportunamente y en debida forma.

2. El recurso debe ser desestimado porque no logra plantear una cuestión federal.

A pesar del despliegue argumentativo del recurrente, a través del cual intenta atribuir arbitrariedad a los distintos órganos jurisdiccionales intervinientes en el proceso, la situación que motiva el supuesto agravio resulta de una significativa distracción de la defensa en cuanto a la prueba que debía aportar y a la oportunidad para hacerlo, conducta que definió la suerte del proceso.

Por tanto, no hay ninguna afectación a la garantía del derecho de defensa ya que cada uno de los litigantes dispuso de las oportunidades procesales correspondientes y debidas para actuar útilmente en el proceso.

3. El derecho de defensa ha de ser garantizado siempre por los jueces, pero este deber no exime de responsabilidad a quien lo invoca ni puede sustituir las falencias del modo en que fuera ejercido, en el marco de un proceso dispositivo, bajo la excusa de la “búsqueda de la verdad jurídica objetiva”.

4. Voto por rechazar el recurso extraordinario federal, con costas.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Jachik SACyF, a fs. 110/115, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la instancia anterior.

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

L

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘LEIVA QUIJANO, LITA ELSA S/VENTA AMBULANTE
SIN PERMISO —APELACIÓN”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Materia contravencional. Estado

de necesidad. Cuestiones de hecho y de prueba. Inversión

de la carga de la prueba. Principio de inocencia. Arbitrariedad

Expte. nº 4054/05 - 29/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general interpuso recurso extraordinario federal (fs. 126/142) contra la sentencia de este Tribunal que rechazó la queja oportunamente intentada a favor de la Sra. Lita Elsa Leiva Quijano (fs. 110/122).

El recurrente resaltó la *arbitrariedad* del pronunciamiento por haberse tratado superficialmente “la problemática constitucional planteada” referida, puntualmente, al desconocimiento del principio de inocencia en materia de faltas, pues, a su criterio, y por cuestiones clasificatorias, se responsabilizó a la encartada cuando su conducta se encontraba amparada por el estado de necesidad que padecía (fs. 126 vta.). El defensor sostuvo que la decisión del TSJ, con “fundamentos de autoridad” y mediante ejercicios dogmáticos, soslayó la apremiante realidad socioeconómica de la Sra. Leiva Quijano, en tanto avaló “la humillación de tener que demostrar la extrema necesidad” (fs. 141).

2. El fiscal general adjunto, por su parte, consideró que la resolución se encontraba debidamente fundada para resistir la tacha de arbitrariedad y, además, que la cuestión planteada no tenía suficiente entidad para provocar la apertura del recurso, pues “[s]e trata de una mera especulación abstracta de la defensa, que nada hizo para dotarla de un viso mínimo de realidad” (fs. 146 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido, pese a dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos exigidos en su especie, no puede ser concedido.

El recurrente pretende provocar el conocimiento de la CSJN sobre la base de la arbitrariedad de la sentencia pues concluye que no se ha dado un tratamiento adecuado —en toda su dimensión— a la cuestión propuesta. Si bien desde un plano abstracto puedo compartir algunas declamaciones que preocupan al recurrente, es preciso señalar que cuando sus enunciados son llevados a la sustanciación de las actuaciones, pierden toda racionalidad y asidero. El núcleo del recurso es el producto de una exégesis forzada de las circunstancias comprobadas en el caso, lo cual determina su improcedencia pues la impugnación solo exterioriza su disconformidad con las razones de carácter “no federal” en que se fundó la resolución de este Tribunal.

En autos, la defensora de grado afirmó que la conducta de su asistida se encontraba amparada por un “estado de necesidad” —para fundarlo, echó mano al art. 34.3, C.P. sin precisar por qué estimaba que esa norma resultaba aplicable a un supuesto de faltas (cuya regulación, vale aclarar, no contiene remisión alguna al ordenamiento penal nacional)— y, ya ante esta instancia, pretendió construir una cuestión constitucional porque los jueces le exigieron documentar su condición de pobreza. En mi voto, por su parte, sostuve que no era “absurdo suponer que quien alega estar justificado para obrar en una determinada forma (ilícita) debe, al menos, aportar los elementos mínimos y necesarios que den verosimilitud a tal extremo”. Ahora bien, para una mayor claridad, no bastaba con una genérica invocación de un estado de pobreza o de la dificultad para ganarse el sustento, sino que era preciso que existiera algún indicio —además del convencimiento de la defensa— que le otorgase

una cuota mínima de seriedad a tal excusa, para que, de esa manera, fuera considerada como una eximente. Aquí, el tribunal *a quo* se pronunció por su inexistencia sobre la base de las constancias de la causa y, más allá del acierto o error de sus conclusiones, la resolución se presentó como un acto judicial válido y razonable que contenía suficientes argumentos. Por lo tanto, no alcanzó un planteo inconsistente de carencia económica para justificar la infracción al régimen de faltas y, lo que resulta relevante aquí, tampoco se evidenció que, por ello, concurra una —clara, concreta y precisa— cuestión constitucional o federal en este punto.

En el recurso extraordinario federal se cambia el punto medular de la argumentación al intentar que la CSJN, frente a la supuesta arbitrariedad de la decisión, se adentre en el examen de cuestiones de hecho y prueba para determinar, en definitiva, si la conducta de la encartada cuadraba (o no) “con criterios normales de justificación por estado de necesidad” (fs. 127) y si de ella dependía finalmente la subsistencia de la infractora. Esta pretensión, por demás insustancial, excede el marco de la vía intentada. Entiéndase que no se comprobó que la encartada tuviera una necesidad extrema que debiera satisfacerse de inmediato y, menos aún, que no existiera otra alternativa de acción menos lesiva, por lo cual, en consecuencia, se suprimió esa hipótesis en todas las instancias de mérito —administrativas y judiciales—. Así, y a mayor abundamiento, puede sostenerse que la infractora contribuyó a tornar increíble su propio alegato, pues reconoció, según constancias agregadas al incidente (fs. 1/10): la titularidad de la mercadería por un valor superior a los mil pesos —lo cual, ciertamente, la colocaba en contradicción con su estado de necesidad por la excesiva acumulación de capital—; que enviaba dinero al exterior; que vivía en un departamento rentado (junto a su núcleo familiar); y que su cónyuge poseía ingresos propios. Estas cuestiones, claramente de hecho y prueba, involucran una ponderación de elementos de mérito que no son susceptibles de revisión por la vía de un recurso de inconstitucionalidad local y tampoco por medio del extraordinario federal; pese a ello sirven como una pauta mensurativa para brindar claridad acerca del contexto económico y social que rodeó a la infractora en este caso —en especial, que no se trató de un “pequeño puesto de ropa” (fs. 135 vta.) que hiciera a su “subsistencia” (fs. 139 vta.) y que sea “una persona sin recursos, que no podía hacer otras cosas” (fs. 140) como lo aseveró el recurrente, pues, cuanto menos, esto no fue así para los jueces contravencionales y de faltas que intervinieron.

La circunstancia de que el recurrente discrepe con este razonamiento, no significa que la decisión del Tribunal resulte arbitraria, y la vía excepcional que articula no es apta para corregirla según su propio criterio de selección y valoración de pruebas, o de conformidad con su particular interpretación del alcance del principio de inocencia en esta materia. Por otra parte, no puede soslayarse que las cuestiones vinculadas con el régimen de faltas local son, por regla, ajenas al control extraordinario de la CSJN, pues el respeto de

las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de los asuntos de esta naturaleza.

2. Las razones expuestas obstan a la concesión del recurso.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal reúne los requisitos formales extrínsecos de admisibilidad: interposición oportuna, ante el TSJ, en la forma que la ley prescribe y con aporte de fundamentos para su introducción. La decisión que lo motiva emana de un tribunal de justicia, en el ámbito de un juicio, cuyo objeto es justiciable y hay un gravamen, pues lo decidido por el Tribunal produce una insatisfacción en relación con la pretensión del recurrente; por su parte, no obra en la causa ninguna presentación, posterior a la interposición del recurso extraordinario federal, que revele que dicho gravamen ha dejado de existir. En consecuencia, los requisitos comunes de admisibilidad se encuentran cumplidos.

En orden a los requisitos propios, la resolución que lo origina proviene del tribunal superior de la causa, ya que el Tribunal es la máxima autoridad jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; habiéndose agotado, con carácter previo a la interposición del recurso extraordinario federal, los recursos locales ordinarios y extraordinarios (apelación y de inconstitucionalidad).

2. No obstante ello, el recurso no puede prosperar porque no plantea una cuestión constitucional. El único agravio que el señor defensor general introduce —arbitrariedad de la sentencia del Tribunal (fs. 126 vta.)—, no tiene entidad suficiente para articular un caso federal dado que el Tribunal ha fundamentado de manera precisa los motivos que lo llevaron a decidir el rechazo de la queja.

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

3. En virtud de las consideraciones precedentes, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 126.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El recurso objeto, básicamente, la inversión de la carga de la prueba efectuada por la sentencia de mérito, como segmento que integra el denomi-

nado *principio de inocencia* en materia procesal penal, de reconocida raigambre constitucional. Al argumentar que tal inversión es ilícita, en virtud de que el derecho de faltas integra, a su entender, la materia penal, entonces él ha planteado un caso federal en el sentido de los arts. 28 y 31, C.N., más allá de aquello que yo piense sobre el particular. Por lo tanto, propongo conceder el recurso extraordinario federal deducido a fs. 126/142 para que el tribunal con competencia para intervenir en él decida el caso.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde. Los agravios contenidos en el recurso extraordinario federal interpuesto versan acerca de cuestiones de hecho, prueba y derecho no federal, ajenas, por tanto, a la competencia de la Corte de Suprema de la Nación.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, y a los fundamentos concordantes expuestos en el dictamen del señor fiscal general —fs. 145/146 vta.— que establecen la inexistencia de cuestión federal hábil para suscitar la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Tal como lo sostiene la Dra. Ana María Conde en su voto, el agravio que plantea el recurso —invocación de un estado de necesidad como eximente del obrar antijurídico de la defendida— sólo se relaciona con cuestiones de hecho y prueba, ajenas al remedio intentado, que ya han encontrado fundada respuesta en las instancias anteriores.

La recurrente intenta, ahora, suplir la ausencia de cuestión federal con la invocación de la doctrina de la arbitrariedad pero, en realidad, sólo pone de manifiesto una mera discrepancia con cuestiones ajenas al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del art. 14 de la ley 48. En su nuevo recurso, la parte no logra demostrar que exista una relación directa e inmediata entre la materia de este litigio y las normas constitucionales invocadas en su escrito (art. 18, C.N.), relación ésta que constituye uno de los requisitos exigidos para la procedencia del remedio federal.

Las consideraciones expuestas, en mi concepto, son suficientes para denegar el recurso extraordinario federal deducido a fs. 126/142.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 126/142.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

LI

“MAY ZUBIRÍA, DIEGO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘CAUSA Nº 2818-D/04 Y AGREGADOS - DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA DE LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

Acusación. Votación favorable a los consejeros. Ausencia de gravamen

Expte. n° 4032/05 - 29/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Diego May Zubiría, integrante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, planteó ante la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora de la Legislatura la nulidad del emplazamiento que ella le efectuara para que el actor se exprese con relación a los hechos que son investigados en el marco de la resol. 464/04. El impugnante sostuvo: *a)* que el emplazamiento le fue notificado en un domicilio distinto al constituido por su defensa técnica; *b)* que se hizo entrega de un solo juego de copias “para la totalidad del Consejo de la Magistratura”, y *c)* “que no existe acusación dispuesta por órgano competente” (fs. 6).

La Comisión Investigadora rechazó el planteo de nulidad (fs. 10 y vta.).

2. Contra esa decisión, el entonces consejero May Zubiría interpuso el recurso de inconstitucionalidad establecido en el art. 113, CCBA (fs. 11/16 vta.). El recurso fue rechazado por la Comisión Investigadora por cuanto éste “resulta[ndo] procedente sólo contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa” (fs. 18).

3. Ante el rechazo, el presentante interpuso el recurso de queja que tramita en este expediente. Requerido su dictamen, el fiscal general consideró “que el rechazo del recurso debe ser confirmado” (fs. 40/42 vta.). El juez de trámite llamó los autos al acuerdo (fs. 43).

En ese estado del procedimiento recursivo, el día 12/9/2005 la Sala Acusadora de la Legislatura consideró el dictamen de la Comisión Investigadora y, tras la votación, no sostuvo la acusación contra ninguno de los consejeros (conf. versión taquigráfica de la sesión de la Sala Acusadora del 12/9/2005 agregada a fs. 96/137).

Por resolución del 21/12/2005 el Tribunal dispuso el archivo de la queja pues los agravios que el presentante expresó en el escrito de fs. 22/32 quedaron sin sustento al terminar el procedimiento de la Sala Acusadora sin formular acusación en contra del Dr. May Zubiría (fs. 143/144).

4. El recurrente planteó recurso extraordinario federal (fs. 149/171) contra la resolución del 21/12/2005 por la que el Tribunal dispusiera el archivo de la queja. Al contestar el traslado ordenado a fs.172, los representantes de la Legislatura solicitaron su rechazo (fs. 186/187).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Como fue dicho en la resolución cuestionada “[S]urge del acta de la reunión de la Sala Acusadora de la Legislatura, realizada el 12 de septiembre de 2005 que, en la votación de los cargos contra el consejero Diego May Zubiría (fs. 127 a 129), el resultado no permitió sostener la acusación. Así lo expuso el Presidente de la Sala al concluir que ‘no se sostiene la acusación (...) contra ninguno de los consejeros’ (fs. 133). Con esa decisión terminó el proceso de enjuiciamiento de los consejeros”. El recurso extraordinario federal ahora planteado contra la resolución que al constatar que el proceso legislativo culminó sin acusar al consejero May Zubiría no puede ser admitido.

2. Como es señalado correcta y precisamente por la Legislatura (fs. 186 vta.) las circunstancias sobrevinientes (la votación de la Sala Acusadora favorable al consejero, y el cese en su función de consejero por renuncia al cargo, situación de público conocimiento) tornan inoficioso cualquier decisión judicial respecto de la validez o invalidez de las decisiones de la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora de la Legislatura de la Ciudad.

No existe, en el caso, un derecho o interés jurídicamente relevante que deba ser tutelado por los jueces. Más allá de la insistencia del recurrente en la existencia de nulidades en las decisiones que oportunamente atacó, no es posible advertir la necesidad de un pronunciamiento judicial con fuerza de verdad legal sobre ese asunto.

La falta de actualidad de la cuestión la deja fuera del marco de cuestiones que la Corte Suprema de Justicia puede atender, en el ejercicio de su competencia recursiva, de acuerdo con las pautas que el art. 2º de la ley 27, el art. 14 de la ley 48 y su propia jurisprudencia han establecido.

La ausencia de un gravamen subsistente, la imposibilidad de que la Legislatura pudiera dictar una resolución que acuse o destituya al presentante

por el desempeño de un cargo que ya no ejerce son circunstancias que vedan el cumplimiento de los requisitos comunes y propios que debe satisfacer el recurso para habilitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Por lo demás, debe tenerse presente que el control judicial de la actuación del Poder Legislativo en el proceso de juicio político, de acuerdo con el principio de división de poderes, debe ser efectuado sin afectar las potestades propias y exclusivas de la Legislatura.

Para armonizar las competencias asignadas a uno y otro poder, se impone —como regla— que el órgano judicial no se anticipe a la Legislatura en la valoración de situaciones y circunstancias que originariamente deben ser ponderadas por ella, a través de los órganos pertinentes, con arreglo a las pautas previstas en la Constitución.

Con acierto, el fiscal general sostuvo al dictaminar sobre la queja que “los actos instructorios impugnados mediante la presente queja se encuentran al margen de la revisión judicial pretendida por el Dr. Diego May Zubiría (...) porque dichos actos fueron dispuestos por la *comisión investigadora* con vistas a determinar si la Sala Acusadora formulará acusación o no ante la Sala Juzgadora y, además, porque *no pusieron fin al enjuiciamiento político seguido al recurrente ni impidieron su prosecución.*” (fs. 42, el texto en bastardilla está destacado en el original).

En esas líneas, el Fiscal resumió adecuadamente los defectos que impedían considerar la petición del recurrente: *a)* la Comisión Investigadora no es un órgano que pueda asimilarse al “superior tribunal de la causa”, y *b)* lo resuelto por la comisión no es equiparable a una “sentencia definitiva”.

Esas razones subsisten y no son desvirtuadas por los fundamentos del recurso de inconstitucionalidad que ahora se resuelve.

4. Por lo expresado en los puntos anteriores, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado por Diego May Zubiría, con costas.

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a las razones expresadas en los puntos 1 y 2 del voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, así como a la solución que propicia.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Comparto la solución propuesta en su voto por el señor juez de trámite, el Dr. Julio B. J. Maier. La circunstancia de que la materia de autos ha devenido abstracta obsta tanto a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad como a la del federal ahora impetrado. A su vez, ni las razones por las que se decidió que la cuestión se tornó abstracta, ni las traídas en sus

agravios por el recurrente suscitan una cuestión de las contempladas en el art. 14 de la ley 48.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Diego May Zubiría a fs. 149/171, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la instancia anterior.

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

LII

“DI CUFFA, EDDA C/OSCBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/AMPARO (ART.14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO, EXPTE. N° 4268/05 “OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘DI CUFFA, EDDA C/OSCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires. Integración al sistema nacional. Derecho de elección de los afiliados. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4274/05 - 29/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Edda Di Cuffa —dependiente del GCBA—, interpuso demanda de amparo contra la OSCBA “[...] a efectos de poder ejercer la libertad de elección de la Obra Social [...]”. En ella, sostuvo que de acuerdo con lo que establece el art. 37 de la ley 472, a partir del 1° de enero de 2003 los afiliados a la OSCBA tienen reconocido el derecho a la libre elección de su obra social.

La demanda fue acogida favorablemente por la magistrada de primera instancia, quien condenó a la OSCBA a:

a) “que en el plazo de treinta días cumpla con lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472, y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o

bien suscriptos los convenios necesarios peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional. Ello, bajo apercibimiento de aplicar, en el caso de incumplimiento, sanciones conminatorias a los miembros de su directorio (art. 30, CCAYT”).

- b) “que hasta tanto se cumpla con lo dispuesto por el art. 37 de la ley 472 la demandada deberá brindar a la actora prestaciones que no sean inferiores a las que los agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarles a sus afiliados (art. 28, ley 23.661)”.

La sentencia fue apelada por la demandada. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de primera instancia.

2. La OSCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia de Cámara, por las razones que expresa a fs. 402/456 vta.

En su recurso, la parte demandada se agravia de la sentencia, por considerar que el mandato judicial es inconstitucional y carente de toda viabilidad jurídica y fáctica, pues proceder a su cumplimiento implicaría la violación de los mandatos constitucionales contemplados en de los arts. 14 bis, 75, 125, 126 y 129 y disposiciones transitoria 7 y 9, C.N., como así también de los arts. 21, 22 y 44, CCBA. A su vez, implicaría contradecir la leyes federales 24.588, 23.660, 24.901, 19.032, 24.241, dec. 82/94 y locales 153, 447, 752, 1004 y finalmente el Convenio de Transferencia del ex IMPP. Sostiene que llevar a cabo lo resuelto por los jueces de merito, conllevaría actuar en forma vedada o, en su defecto, peticionar el dictado de una nueva normativa local. Advierte, que ello importaría una derogación de la ley 472 y la creación de un nuevo organismo que se ajuste a las pautas establecidas por la normativa federal, lo que constituye una decisión institucional que excede el ámbito de desenvolvimiento judicial.

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

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

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

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

3. Del recurso se dio traslado a la parte actora, quien se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 460/461).

A fs. 463/463 vta., la Sala I resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y denegarlo en lo que se refiere a la arbitrariedad y a la gravedad institucional. La demandada, a fs. 638/660 vta., interpuso recurso de queja contra la denegatoria parcial.

4. El fiscal general adjunto dictaminó a favor de la parte recurrente, por considerar que la sentencia vulneró el principio de congruencia al fallar sobre cuestiones no planteadas, incurriendo de esta manera en un pronunciamiento *extra petita*, que afecta el derecho de defensa. En consecuencia, se pronunció a favor de que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad y se revoque la sentencia apelada (fs. 666/669 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La cuestión planteada en estos autos, resulta sustancialmente análoga a las resueltas por este Tribunal *in re* “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)” expte. n° 3080 y “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)” expte. n° 3544, por lo que voy a aprovechar en los presentes los fundamentos allí vertidos.

2. La sentencia recurrida dispone cuestiones de diversa índole. Por una parte, emplaza al directorio de la obra social a cumplir en un plazo determinado las acciones ordenadas en el art. 38 de la ley 472, y, por otra, reconoce a la actora el derecho a que se le brinden cierto tipo de prestaciones asistenciales, hasta tanto cuente con la posibilidad efectiva de elegir la obra social a la que quieren pertenecer, de acuerdo con lo establecido por el art. 37 de esa ley.

La segunda cuestión no ha sido materia de agravios de la OSCBA ante esta instancia.

En consecuencia, la impugnación constitucional se dirige contra la orden, que confirmó la Cámara, dada al directorio de la OSCBA para que cumpla las acciones indicadas en el art. 38 de la ley 472, en el plazo de 30 días.

3. La recurrente no logra demostrar la configuración de un caso de gravedad institucional.

La OSCBA sostiene que el caso plantea una cuestión no justiciable. Así, señala que “[s]i la ley no es autosuficiente, su operatividad es una cuestión propia del poder administrador y legislativo. Si la Legislatura no dicta una ley, no es tema justiciable, ni sustituible por vía judicial, ya que excede todo control constitucional” (fs. 423).

En primer lugar debe señalarse que en el caso no se trata de juzgar la inactividad legislativa, sino la inactividad de la propia OSCBA en el cumplimiento de los deberes establecidos por su ley de creación (art. 38, ley 472).

Consecuentemente, la intervención judicial, en el caso, resulta acorde con las formas del estado de derecho definido en la Constitución de la Ciudad.

4. La lectura de la sentencia pone en evidencia la inconsistencia del recurso. Cuando la recurrente afirma que la sentencia “importa un mandato judicial que obliga a derogación por parte de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de las leyes federales 23.660; 23.661 —sus reglamentarios y complementarios 576/93; 292/95; 492/95; 446/00; 504/98; 1130/00— 19.032; 24.241; dec. 82/94 y los términos de las obligaciones asumidas por el GCBA en el convenio de Transferencia del IMPS al Estado Nacional” (fs. 429), aparece manifiesto cuán lejos de su cauce se ha llevado el debate. No hay manera de inferir que la Cámara ordenó al Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires derogar leyes federales. La sentencia, ordena al directorio de la OSCBA que dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 472. Dicho art. 38 dispone que el directorio proponga a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar la integración de la obra social local al sistema nacional y compatibilizar los regímenes de aplicación. “Proponer medidas”, ése es el mandato legal que la sentencia de la Cámara ordena cumplir.

La OSCBA pretende justificar el incumplimiento que se le atribuye en relación con lo dispuesto en la ley afirmando que posibilitar el ejercicio del derecho de elección de los afiliados implica la derogación de la ley 472, y que no puede recibir un mandato judicial consistente en actuar contra la vigencia de la ley que la ha conformado (fs. 430vta.). El argumento es falaz, ya que, como se vio, la sentencia repite el contenido del mandato legal, que otorga expresamente, no la facultad, sino el deber de hacer lo tendiente a hacer efectivo el derecho de elección.

5. El planteo de incompetencia de la jurisdicción local para intervenir en la causa que efectúa la OSCBA (conf. fs.453vta./456), es insustancial. En un reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la justicia federal de la seguridad social es incompetente para intervenir en un asunto como el presente “en razón de que la falta de adhesión de la OSCBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud [...] torna inaplicable lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.661[...]”. En consecuencia dispuso la competencia de los tribunales locales (*in re*: competencia n° 37.XL, “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14. CCBA], sentencia del 29/6/2004, del dictamen del procurador fiscal interviniente al que la Corte se remite).

6. Cabe considerar el agravio consistente en el alcance *extra petita* en que habría incurrido la sentencia de cámara, coincidente con la objeción que

el fiscal general adjunto realiza a la sentencia por haber lesionado el principio de congruencia.

La actora pretende que se le permita ejercer el derecho a elegir otra obra social. Ese derecho de los afiliados está establecido en la ley 472, a partir de una fecha determinada (conf. lo establece el art. 37). Para que los afiliados (entre ellos la actora) pudieran ejercerlo, el directorio de la OSCBA está legalmente obligado a proponer a los poderes políticos las medidas que ellos debían adoptar para que la obra social pueda integrarse al sistema nacional (art. 38).

En otras palabras, la posibilidad de la actora de ejercer efectivamente el derecho establecido en el art. 37 de la ley 472 está en alguna medida condicionado a que el directorio de la OSCBA cumpla con lo dispuesto en el art. 38 de esa ley.

Por esa razón, la decisión del tribunal *a quo* de acoger la pretensión fundada en el derecho reconocido en el art. 37 disponiendo que se diese cumplimiento a lo dispuesto por el art. 38, lejos de desentenderse de la pretensión ejercida o de la cuestión debatida, constituye, entonces, un mecanismo posible de hacer lugar a aquella, que no excede los límites que el principio de congruencia o la garantía de la defensa en juicio imponen a los jueces en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas. En efecto, la pretensión de la actora no difiere del cumplimiento del mandato contenido en el art. 38, sino que lo contiene, aunque implícitamente.

7. La sentencia constata que la actora está impedida de ejercer su derecho de opción por no haberse efectuado la integración de la OSCBA al régimen nacional. Verifica que de acuerdo con el art. 38 de la ley, correspondía al directorio proponer a los poderes legislativo y ejecutivo las reformas a las normas y el dictado de las disposiciones que se estimase necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación legales. La parte dispositiva de la sentencia recurrida confirma lo resuelto en primera instancia, en cuanto manda al directorio a realizar, en el plazo que le fija, los actos que el art. 38 de la ley le ordena efectuar.

En consecuencia, desde la perspectiva del contenido de la sentencia, el recurso de inconstitucionalidad no puede prosperar, ya que la decisión judicial sólo ha conminado a la OSCBA a cumplir en un plazo determinado el mandato legal desatendido hasta ahora por el directorio de la obra social.

8. El resto de los agravios planteados por la recurrente no se vinculan en forma directa con lo decidido por la alzada. La extensión del recurso y la acumulación de argumentos no logran ocultar que la sentencia simplemente dirige un mandato al directorio de la OSCBA para que proponga medidas a ser adoptadas por otros órganos del poder local. No es posible inferir directa e inmediatamente de ese mandato la trasgresión a leyes federales, nacionales o locales, como lo plantea la parte.

En suma, el recurso no logra demostrar que exista una específica vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara (dar cumplimiento al art. 38 de la ley 472) y los principios y derechos constitucionales, o la legislación nacional invocada por la recurrente (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 75 incs. 2º y 22, 125, 126 y 129, C.N., arts. 6º, 21, 22 y 44, CCBA, leyes 23.660, 23.661, 24.588, y demás leyes locales invocadas por la demandada). En cuanto a las alegaciones fundadas exclusivamente en leyes locales, de carácter infraconstitucional, ellas no pueden suscitar un caso constitucional (conf. art. 27, ley 402).

9. La frondosa presentación de la OSCBA, tras una aparente crítica a la sentencia, cuestiona el art. 38 de ley 472 (con la modificación dispuesta por el art. 1º de la ley 627). No es pensable que el legislador haya conferido al directorio de la OSCBA el poder de impugnar la ley que la crea, ni habría podido hacerlo. Si el legislador no ve acertado el art. 38, la solución no es autorizar a que la OSCBA solicite judicialmente que se declare su inconstitucionalidad, sino derogarlo o no sancionarlo.

10. La obra social sostiene que la decisión judicial resulta arbitraria, al exigirle que cumpla lo establecido por el art. 38 de la ley 472, puesto que esto significa desconocer la existencia de la medida cautelar dictada en los autos “Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires c/Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/acción meramente declarativa” la que suspendió los efectos del art. 37 de la ley 472. Al respecto la sentencia de Cámara sostuvo que “[...] contrariamente a lo que afirma la OSCBA, el objeto procesal de este juicio no consiste, de ningún modo, en impugnar esa decisión judicial, sino la conducta supuestamente ilegítima que la amparista imputa a la demandada (conf. consid. I y VIII) [...]” (fs. 388 vta.). La crítica realizada por la recurrente, no pasa de ser general, sin argumentar cuál sería a su criterio la construcción correcta (no arbitraria). Ello lleva al rechazo del agravio.

La resolución que decretó la medida cautelar dispuso “suspender los efectos del art. 37 de la ley 402”, y la recurrente no muestra que lo dispuesto en la sentencia de Cámara, respecto del art. 38, interfiera con la suspensión de efectos del art. 37, dictada en aquel otro proceso, el que persigue un objeto distinto al que dio origen al presente pleito.

Finalmente, en cuanto sostiene el apelante que infundadamente se lo privó de producir prueba informativa desconociéndosele, en consecuencia, su derecho de defensa. La recurrente reitera nuevamente las manifestaciones llevadas ante la Cámara sin lograr rebatir los argumentos en que se fundamentó la decisión del Tribunal *a quo*. En realidad, sus dichos se traducen exclusivamente en una discrepancia con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento aplicado por los jueces de grado.

11. Por las razones expuestas en los puntos precedentes, voto por rechazar la queja, y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Con costas a cargo de la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto el criterio del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, respecto del rechazo de los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por OSCBA.

2. La queja fue interpuesta oportunamente. Sin embargo, ella no puede prosperar ya que no satisface el recaudo de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

La Sala I no admitió el recurso de inconstitucionalidad de OSCBA por las causales de arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional.

En relación con la alegada arbitrariedad, la quejosa intenta desvirtuar la resolución denegatoria mediante afirmaciones genéricas. En el punto IV de su presentación se limita a discrepar con el criterio de la Cámara sin dar razones ni justificar sus dichos. Ella incurre, en consecuencia, en el mismo defecto argumental que atribuye a la decisión recurrida: la generalidad de sus términos, por las razones que el juez de trámite expone en el último párrafo del apartado 10 de su voto.

En cuanto a la denuncia de “gravedad institucional” OSCBA sostiene —erróneamente— que “el fallo de la Cámara que motiva la presente queja *no ha abordado la cuestión*, siquiera ha esbozado un argumento que fundamente su denegatoria” (con mayúsculas en el original).

Una lectura del auto interlocutorio revela —sin embargo— que las razones con que la recurrente pretende poner en crisis los fundamentos de aquel, no son congruentes con las constancias del expediente.

En esa resolución, la Cámara contesta en forma expresa ese motivo de impugnación y da razones suficientes que justifican la solución denegatoria.

3. En relación con las materias por las que la Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad adhiero a los fundamentos que el juez de trámite expone en su voto.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por OSCBA, con costas (art. 62, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La cuestión traída a decisión de este Tribunal en la presente causa es, en lo que aquí interesa, similar a la resuelta *in re*: “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, sentencia del 20/10/2004 (conf. voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz, al que adherí), en “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/4/2005, y en “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista, Carlos Enrique y otros c/OSCBA

(Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo”, expte. n° 4160/05, sentencia del 22/02/2006.

Así entonces, considero que volver sobre la cuestión se torna notoriamente insustancial (art. 30, L.P.T. y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de *Fallos*, 194:220, entre muchos otros —en la causa apuntada se dijo que reviste carácter insustancial, incluso una cuestión de nítida naturaleza federal, cuando sobre el punto se registra “una clara y reiterada jurisprudencia... de indudable aplicación al caso”; más aun cuando a ello se añade “la falta de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla”).

Por ello, corresponde remitirse a los precedentes de este Tribunal ya citados (nótese asimismo que, además de la difusión general de los pronunciamientos de este estrado, la recurrente —OSCBA— también fue parte en tales causas) y, en consecuencia, disponer el rechazo de la presente queja.

Lo hasta aquí señalado no obsta a dejar sentado que, en el fondo de la cuestión, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado por los sólidos fundamentos que ilustran el voto de mi colega, el Dr. Luis F. Lozano. Con costas.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La cuestión de fondo planteada en el recurso de inconstitucionalidad, ya fue tratada por este tribunal en la resolución dictada el 20/10/2004 en autos “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, en la sentencia de fecha 27/4/2005 dictada en autos “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” —expte. n° 3544/04—, y su acumulado, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’” —expte. n° 3539/04—, y recientemente en la resolución dictada el 22/2/2006 en la causa “Lista Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo s/queja por recurso de inconstitucionalidad concedido” —expte. n° 4160/05.

Si bien el planteo formulado por la recurrente OSCBA permite tener por configurado el “caso constitucional” exigido por la ley 402 —como lo destacara en las sentencias mencionadas—, todos los precedentes aplicables han sido resueltos en sentido adverso a su pretensión, sin que haya aportado en autos nuevos argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar la doctrina resultante de esa jurisprudencia concordante y reiterada.

Por ello el “caso constitucional” planteado se ha tornado “insustancial”, siendo aplicable la consolidada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en dichos supuestos, aconseja el rechazo formal del recurso extraordinario federal (véase, entre muchos otros, *Fallos*, 303:907).

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, interpuestos por OSCBA. Con costas a cargo de la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El asunto traído a decisión del Tribunal es sustancialmente análogo al resuelto en las causas “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, sentencia del 20/10/2004 (conf. voto de la señora jueza Alicia Ruiz, al que adherí), “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/4/2005 y, más recientemente, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista, Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo’”, expte. n° 4160/05, resolución del 22/2/2006.

En el caso bajo análisis, la inconsistencia del escrito recursivo obsta a la procedencia de la queja (conf. el punto 4 del voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano). En cuanto al recurso de inconstitucionalidad concedido parcialmente por la Cámara, no es ocioso destacar, *obiter dicta*, que mi remisión a los fundamentos expuestos en “Lista” y “Galleta” (argumentos que, en este último caso, hice propios por adhesión simple al voto de la señora jueza Ruiz) son indicativos, y no podría ser de otra manera, de la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad antes referido. En tal sentido, comparto el criterio de mi colega, el Dr. Casás, cuando expresa que volver sobre estas cuestiones se torna notoriamente insustancial, por lo que no reexaminaré los agravios referidos a la supuesta arbitrariedad y gravedad institucional del decisorio impugnado.

2. De este modo, con remisión a los fundamentos que ofrecí y a los que adherí en las causas citadas *supra*, así como a aquellos argumentos concordantes que ilustran el voto del juez de trámite en esta causa, dispongo desestimar la queja planteada a fs. 638/66 vta. y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por OSCBA a fs. 402/456 vta., con costas (art. 62, CCAyT).

Por ello, oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por OSCBA, con costas a la vencida.

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

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

LIII

“MARTÍNEZ Y DE LA FUENTE S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MARTÍNEZ Y DE LA FUENTE S.A. C/GCBA S/NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO’”

REGULACIÓN DE HONORARIOS

Expte. nº 3778/05 - 29/3/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Dra. Silvia B. Fasano, apoderada del GCBA, solicita la regulación de los honorarios de esa dirección letrada por la actuación ante este Tribunal al contestar el traslado conferido respecto del recurso extraordinario oportunamente interpuesto por “Martínez y De la Fuente S.A.”, y de acuerdo a lo resuelto a fs. 125.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. A fs. 158/168 el Tribunal resolvió declarar inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto por Martínez y De la Fuente S.A. contra la sentencia de fs. 104/111 que rechazó la queja. Las costas de este recurso fueron impuestas a la vencida. Corresponde entonces, regular los honorarios de todos los profesionales que actuaron por la Procuración General de la Ciudad por su actuación al contestar el recurso del art. 14 de la ley 48.

2. Los honorarios de la dirección letrada de la demandada —en conjunto— fueron regulados por la jueza de primera instancia en la suma de \$ 5.000 (pesos cinco mil), con más un 30 % en concepto de derechos procuratorios (fs. 302/306 autos principales). Esta decisión fue confirmada por la Sala I de la Cámara (fs. 366), que además reguló, por las tareas desarrolladas ante esa alzada, los honorarios en conjunto, de la Dra. Fasano (apoderada) y del Dr. Giglio (patrocinante) en la suma de \$ 1.950 (pesos un mil novecientos cincuenta).

3. En consecuencia, existe una base firme sobre la cual cabe regular los honorarios profesionales de la Procuración de la Ciudad por su actuación en esta instancia (*Fallos*, 312:1635)

Por ello, de acuerdo a las pautas establecidas por los arts. 6º y 14 de la ley nacional nº 21.839 (texto según ley 24.432), se debe valorar que el escrito de respuesta al recurso extraordinario federal planteó con seriedad las objeciones de su parte a la admisibilidad y procedencia del recurso y dio respuesta

a los agravios formulados por la parte recurrente, así como el resultado favorable a quienes peticionan.

Dado que no se invoca ni se acredita ningún tipo de exención con relación a la contribución establecida por la ley 1.181 (CASSABA), corresponde regular los honorarios de los letrados patrocinantes del Gobierno de la Ciudad en \$ 1.500 (pesos un mil quinientos), y los honorarios de la procuración en \$ 450 (pesos cuatrocientos cincuenta), importes ambos equivalentes al 30 % de los fijados en primera instancia (art. 14, ley 21.839), con más el IVA si correspondiere (*Fallos*, 316:1535), y más el 1 % determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1.181.

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

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Regular*, por su intervención en el recurso extraordinario federal, los honorarios de los letrados patrocinantes del Gobierno de la Ciudad en \$ 1.500 (pesos un mil quinientos), y los honorarios de la procuración en \$ 450 (pesos cuatrocientos cincuenta); más el IVA, si correspondiere, y el 1 % determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181, en ambos casos.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva al juzgado remitente.

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

LIV

“ESCRIBANO WAIMAN, ENRIQUE ALBERTO ELÍAS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO WAIMAN, ENRIQUE ALBERTO ELÍAS S/INSPECCIÓN PROTOCOLO AÑO 2001’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Tribunal de Superintendencia del Notariado. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Competencia transitoria de la superintendencia notarial. Procedencia del recurso de inconstitucionalidad. Incorporación de la justicia civil al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires

Expte. nº 4291/05 - 3/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El escribano Enrique Alberto Elías Waiman, a fs. 2/11, interpuso recurso de queja ante el Tribunal Superior de Justicia, contra la resolución del día 30/9/2005 por la cual el Tribunal de Superintendencia del Notariado (art. 172, ley 404, y acordadas 8 del 9/8/2000 y 1 del 12/2/2001) resolvió declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad del art. 26, inc. 4º, de la ley 7, que él presentó contra la resolución del 4/8/2005 que le aplicó la sanción disciplinaria de destitución del cargo, prevista en el art. 149, inc. d), de la ley 404.

2. A fs. 28/30 el Tribunal aceptó las excusaciones del juez José O. Casás y de la jueza Ana M. Conde, y admitió la recusación con causa deducida por el recurrente contra el juez Luis F. Lozano, dado que estos magistrados —al decidir el sumario y desestimar los recursos de reconsideración y de inconstitucionalidad— habían emitido opinión.

3. A fs. 36, pto. 3, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el escribano Waiman ante el Tribunal, si bien fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no puede ser admitido.

2. La queja no cumple con la exigencia de autosuficiencia y de fundamentación, pues además de carecer de una exposición minuciosa, clara y ordenada de los antecedentes del caso, no logra rebatir debidamente la razón básica por la cual el Tribunal de Superintendencia denegó el recurso, esto es, que “La competencia conferida por la ley 404 al Tribunal de Superintendencia —atribuida transitoriamente al Tribunal Superior de Justicia (art. 172)—, determina la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, previsto en el art. 26, inc. 4º, de la ley 7, circunstancia ésta que llevó al Tribunal a que admitiera —en varios precedentes que cita— la interposición del recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48.

En efecto, la razón determinante para declarar la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad del art. 26, inc. 4º, de la ley 7 ante el Tribunal Superior de Justicia, fue —como se ha visto— que la competencia de superintendencia notarial es ejercida transitoriamente por el Tribunal Superior de Justicia (art. 172, ley 404), y no, como lo afirma el recurrente, que el Tribunal de Superintendencia “determinó la improcedencia del recurso por cuanto la ley que regula la actividad del Notariado no reconoce expresamente la posibilidad de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad” (*sic* de la queja).

3. Más allá de dicho óbice formal, que sellaría la suerte adversa de esta queja, resulta conveniente señalar que este Tribunal —a raíz de la promulgación

de la Ley Orgánica Notarial 404— dictó el 9 de agosto de 2000 la acordada 8 por medio de la cual dispuso asumir, en forma excepcional y hasta tanto no quede constituida la justicia local, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia. Para así decidir, el Tribunal tuvo en cuenta lo siguiente:

“1. La ley 404 dictada por la Legislatura de la Ciudad, en uso de las atribuciones que le confiere la cláusula transitoria decimoctava de la CCBA y la ley 24.588 (art. 5º), reemplaza a la ley 12.990 que fuera sancionada por el Congreso nacional como órgano legislativo local.

“En su art. 117 dispone que la disciplina del notariado estará a cargo del Tribunal de Superintendencia y el Colegio de Escribanos. Por su parte, el art. 118 establece que el Tribunal de Superintendencia, a partir de la incorporación de la justicia ordinaria a la Ciudad, estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia y por dos vocales titulares de dicha Cámara. Pero según el art. 172, hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones conferidas por la ley al Tribunal de Superintendencia estarán a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

“Es decir que hasta que se incorpore la justicia civil local la superintendencia del notariado debe ser ejercida por la justicia de la Ciudad, cuya conformación se encuentra en su etapa final”.

“2. Ahora bien, según el art. 172 de la Ley Orgánica Notarial (disposición transitoria, Título VI), ‘Hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones conferidas por esta ley al Tribunal de Superintendencia estarán a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires’”.

“En anteriores pronunciamientos, el Tribunal expresó que su competencia originaria está expresamente determinada en la Constitución local y que sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma constitucional. La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y de los jueces. Tampoco se trata de una ‘competencia residual’ acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico (*in re* ‘Pinedo, Federico y otros c/Ciudad de Buenos Aires s/amparo’, expte. n° 8/99, resolución del 18/2/1999; ‘Hilandería Islán S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)’, expte. n° 94/99, resolución del 27/9/1999; ‘Álvarez Caffaro, Roberto Enrique c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte. n° 139/99, resolución del 17/11/1999, entre muchos otros precedentes).

“La cuestión traída a este Tribunal por el Colegio de Escribanos no trata de ninguno de los supuestos determinados por el art. 113 de la CCBA, de modo que no corresponde que asuma la competencia de Tribunal de Superintendencia atribuida por la ley.

“3. No obstante dicha conclusión, y dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, se impone encontrar una solución que, hasta que aquello ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de dar pleno efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires”.

4. Posteriormente, el 12 de febrero de 2001, se dictó la acordada 1 por la que se designó presidente del Tribunal de Superintendencia y dos jueces como vocales. Ello con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 118 de la ley 404 y a fin de evitar que las tareas que pudiera generar el ejercicio transitorio de dicha competencia no alterara las propias y específicas del Tribunal. Igual criterio se reiteró en las acordadas 1/03, 3/04 y 2/05.

5. De los antecedentes reseñados precedentemente, queda claro que el Tribunal de Superintendencia no es otro que el Tribunal Superior de Justicia, en función de superintendencia sobre los escribanos (ej. de esta competencia lo encontramos en la ley 1340 de la provincia de Río Negro; arts. 37 a 59). Por lo tanto, cabe coincidir con el decisorio en crisis acerca de que el actual diseño de la competencia notarial —transitoria y excepcionalmente ejercida por el Tribunal Superior de Justicia (art. 172, ley 404)—, no permite la interposición del recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 26, inc. 4º, de la ley 7.

6. No obstante ello, cabe decir, a todo evento, que las críticas efectuadas por el quejoso contra la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad, cuando sostiene su arbitrariedad por fundamento meramente aparente, adolecer de vicios lógicos, incurrir en un sofisma o falacia de falsa generalización, etc., no hacen más que dejar a la luz su discordancia con la razón dada por el Tribunal para decidir la improcedencia de la vía elegida, sin demostrar el error —o errores— grave de razonamiento que podría dar lugar a su descalificación como acto jurisdiccional válido.

En lo que hace a la inobservancia del derecho a la doble instancia, garantizado por el art. 13, inc. 3º, CCBA, cuadra apuntar que, en el orden federal, de acuerdo con la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 323:1787), se ha entendido que la aplicación del art. 8º, inc. 2º, apartado h), de la CADH y su equivalente, art. 14, inc. 5º, del PIDCP, que consagran la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona “inculpada de delito” o “declarada culpable de delito”, situación que no se verifica en la especie.

7. Pero aun pasando por alto todo lo anterior, lo cierto es que el recurso de inconstitucionalidad deducido por el escribano sumariado (fs. 212/219 del expte. n° 3090/04, según numeración del Tribunal), cuya denegación motiva

la presente queja, no contiene cuestión constitucional alguna. Más allá del acierto o desacierto de la decisión disciplinaria objetada, es claro que el recurrente pretende tener derecho a una revisión sobre los hechos y sobre el derecho común (infraconstitucional). Así, los agravios referidos a que la sanción de destitución es desproporcionada en relación con el tipo de faltas cometidas —inobservancia del principio de proporcionalidad, art. 13, inc. 3º, CCBA—, a que se ha violado el derecho al debido proceso, o a que el fallo recaído adolece de vicios que lo invalidan como acto jurisdiccional válido, pues no guarda, al menos en ciertos aspectos, un estricto correlato entre los hechos discutidos en el proceso y la realidad afirmada en la sentencia, no suscitan cuestión constitucional para su consideración por la vía intentada, pues remiten al estudio de cuestiones fácticas excluidas del control recursivo que es competencia propia de este Tribunal.

En lo que hace a que la sanción de destitución prevista en el art. 149, inc. d), de la ley 404 viola el derecho básico al trabajo (art. 14 C.N.), bueno es recordar que la CSJN —al juzgar sobre el particular *status* de los escribanos— se ha pronunciado a favor de la validez constitucional del art. 52, inc. f), de la ley 12.990, norma ésta que, al igual que la contenida en los arts. 149, inc. d), y 151, inc. c), de la ley 404, preveía la sanción de destitución del cargo (*Fallos*, 235:445; 315:1371).

Asimismo, tiene resuelto ese Tribunal nacional que los derechos de propiedad y de trabajar no sufren menoscabo alguno por las sanciones a que pueden estar sometidos los escribanos “...pues tales derecho se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y no se alteran por la imposición de condiciones que, lejos de ser arbitrarias o desnaturalizarlos, guardan adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido con el ejercicio de ciertas profesiones” (*Fallos*, 214:612; 292:517; 315:1383).

8. En atención a que al escribano recurrente —mediante resolución dictada en el día de la fecha en el expte. n° 4291-1/05— se le ha concedido el beneficio para litigar sin gastos, previsto en el art. 72, CCAyT, corresponde declararlo exento del depósito exigido por el art. 34 de la ley 402 (conf. art. 34, párr. 2º, ley 402, y art. 3º, inc. f], ley 327).

9. Por las razones expuestas, voto por: *a*) rechazar el recurso de queja deducido a fs. 2/11, y *b*) declarar al recurrente exento de efectuar el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Las consideraciones que el juez Maier formula en los apartados 3, 4 y 5 de su voto son suficientes para declarar, en las actuales circunstancias, la improponibilidad del recurso de inconstitucionalidad que intentara deducir el recurrente. Desde esta perspectiva la queja en análisis carece de sustento y no puede ser admitida.

2. Por razones similares en la resolución del 30/9/2005 el Tribunal de Superintendencia denegó el recurso de inconstitucionalidad: “La competencia conferida por la ley 404 al Tribunal de Superintendencia —atribuida transitoriamente al Tribunal Superior de Justicia (art. 172)—, determina la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, previsto en el art. 26, inc. 4º, de la ley 7”.

En efecto y como lo señala mi colega preopinante, “la razón determinante para declarar la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad del art. 26, inc. 4º, de la ley 7 ante el Tribunal Superior de Justicia, fue —como se ha visto— que la competencia de superintendencia notarial es ejercida transitoriamente por el Tribunal Superior de Justicia (art. 172, ley 404), y no, como lo afirma el recurrente, que el Tribunal de Superintendencia ‘determinó la improcedencia del recurso por cuanto la ley que regula la actividad del Notariado no reconoce expresamente la posibilidad de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad’ (*sic* de la queja)”.

En consecuencia voto por declarar improcedente el recurso de queja interpuesto y, por las razones expuestas por el juez Maier en el pto. 8 de su voto, al recurrente exento de efectuar el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

El juez HORACIO G. CORTI dijo:

1. A fin de resolver este caso es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que la ley 404 dispone, como disposición transitoria, que hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones que la ley le confiere al Tribunal de Superintendencia están a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (art. 172).

El Tribunal Superior, en su acordada del 9 de agosto de 2000, entendió “que hasta que se incorpore la justicia civil local la Superintendencia del Notariado debe ser ejercida por la justicia ordinaria de la Ciudad, cuya conformación se encuentra en su etapa final” (consid. 1). Luego, en el consid. 4 de la misma Acordada, se dijo que “dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, se impone encontrar una solución que, hasta aquélla ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de dar pleno efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires”. Es así que el propio Tribunal dispuso “que hasta tanto quede constituida la justicia local este Tribunal asumirá, en forma excepcional, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia” (art. 1º).

Con posterioridad, por acordada del 12 de febrero de 2001, el Tribunal Superior decidió una integración reducida a los efectos de realizar las tareas notariales.

2. Del anterior relato se desprende que el Tribunal de Superintendencia del Notariado es el mismo Tribunal Superior de Justicia. No hay dos órganos

sino, en rigor, un único tribunal —el propio Tribunal Superior de Justicia— que, de forma transitoria, ejerce una función de superintendencia con respecto a la actividad notarial. El hecho de que el Tribunal haya decidido que para ejercer esta competencia transitoria él se integre con sólo tres miembros solo se debe a razones operativas, a fin de “que las tareas que genere el ejercicio transitorio de esa competencia no altere sus propias y específicas del Tribunal”.

Es decir, a las competencias constitucionales (art. 113 de la Constitución de la Ciudad), reglamentadas por la ley 402, se le añade otra, de forma transitoria y de carácter notarial, que no puede tener una entidad jurídica tal como para suscitar el “desdoblamiento” del Tribunal Superior de Justicia en dos órganos separados o distinguidos: el propio Tribunal Superior y el Tribunal de Superintendencia del Notariado.

Es cierto que esta designación —Tribunal de Superintendencia del Notariado— puede quizás generar, vista superficialmente, algún equívoco, pero es claro que el sentido de las normas reseñadas antes en el punto 1 —la ley 404 y las acordadas complementarias del Tribunal Superior— consisten en asignar y luego aceptar una atribución transitoria de competencia, no en crear un nuevo órgano en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad. Quiero decir: no es lo mismo “establecer” una nueva autoridad jurídica, que “asignar” o “atribuir” de forma transitoria una competencia a un órgano ya creado.

3. Dicho lo anterior, entiendo que una decisión del Tribunal Superior en ejercicio de su competencia transitoria notarial no es susceptible de ser impugnada mediante un recurso de inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Superior.

De acuerdo al art. 27 de la ley 402 “el recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa”.

Me resulta diáfano que el “tribunal superior de la causa” se refiere a otros tribunales —así las cámaras de apelaciones o, eventualmente, los tribunales de primera instancia, ante decisiones que no resulten apelables ante las cámaras—, no al propio Tribunal Superior. Esto significa que las decisiones que dicte el propio Tribunal Superior en ejercicio de sus diversas competencias ordinarias y transitorias no son *prima facie* susceptibles de ser impugnadas por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

Por cierto, si la competencia de superintendencia notarial fuese ejercida por otro órgano judicial de la Ciudad, así una Cámara de Apelaciones, dicha decisión, en caso de reunirse los restantes recaudos de admisibilidad, estaría dictada por el “tribunal superior de la causa” a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

Comparto, entonces, la argumentación desarrollada por el Dr. Maier en los puntos 3 a 5 de su voto, así como con su conclusión, al decir a su vez que coincide con el decisorio en crisis acerca de que el actual diseño de la competencia notarial no permite la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

4. Entiendo que este proceso ha perdido el rumbo como consecuencia de la propia actitud procesal del escribano, quien, ante la decisión del Tribu-

nal Superior de Justicia que aplicó la sanción de destitución, en vez de deducir, como correspondía, el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia —todo ello en la medida en que el Tribunal Superior es, con respecto a la Corte federal y a los efectos del recurso extraordinario federal el “tribunal superior de la causa”—, interpuso el recurso de inconstitucionalidad cuyo fundado rechazo dio lugar, a su vez, a esta queja.

Se deduce que al ser, como ya dijo el Tribunal Superior en su resolución del 30/9/2005, “improcedente” el recurso de inconstitucionalidad, con igual o más razón lo es la queja luego promovida.

No son, entonces, razones formales propias de la queja las que conducen a rechazarla, sino una cuestión digamos así más profunda, que hace al desacertado camino procesal que ha elegido el escribano para impugnar la decisión que lo destituyó.

5. Lo desacertado de dicho camino lo revela con claridad la desvirtuación de institutos procesales específicos como la excusación y la recusación. Se trata, como se sabe, de mecanismos técnicos que apuntan a garantizar, en casos concretos, la imparcialidad de los jueces. Hay medios generales de garantía, tales como la inamovilidad (véase, entre otros, ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., vol. II, Ediar, 1957, p. 81, num. 42, “Generalidades”), pero en ciertos supuestos se requiere de estos instrumentos, recusación y excusación, para mantener la imparcialidad en el caso concreto y en virtud de peculiaridades que hacen a ese caso y a las partes que lo protagonizan. Es así que la recusación y excusación actúan de forma concreta y singular, no para dar lugar a la conformación de un tribunal permanente, situación anómala a la que conduciría la interpretación efectuada por el escribano.

Y es que si se admitiera la legitimidad del desdoblamiento del Tribunal Superior en dos órganos —el propio Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal de Superintendencia del Notariado— y la consiguiente viabilidad del recurso de inconstitucionalidad, deducido ante el primero contra una decisión del segundo, entonces debiera aceptarse la constante recusación y/o eventual excusación de los miembros del Tribunal de Superintendencia del Notariado para resolver el recurso de inconstitucionalidad, de forma que se constituiría, en la realidad de las cosas, un segundo tribunal de carácter permanente. Los tres miembros coincidentes de ambos tribunales habrían siempre emitido opinión, de manera que siempre, por ende, habría que integrar al Tribunal Superior con otros miembros, situación que, por absurda, no puede ser admitida.

Excusación y recusación son instrumentos para asegurar la imparcialidad en ciertos casos, no un mecanismo de aplicación al fin de cuentas automática, que daría lugar a la formación, en los hechos, de dos tribunales superiores de justicia.

6. A todo ello agrego que las presentaciones del escribano (recursos de queja e inconstitucionalidad) revelan una reflexión tardía de su parte, pues si pretendía impugnar el sistema legal como tal, sobre la base de garantías constitucionales como el doble conforme, lo debía haber manifestado en la prime-

ra intervención ante el propio Tribunal Superior de Justicia en ocasión de ejercer su competencia notarial, para abrir así la posibilidad de que ese Tribunal resuelva dicha impugnación en el momento procesal oportuno.

7. En resumen, por las razones expuestas, comparto la decisión que propone el Dr. Maier de rechazar el recurso de queja deducido, como así también de declarar al recurrente exento de efectuar el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

El juez JOSÉ SAEZ CAPEL dijo:

Me adhiero al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz en cuanto declara improcedente el recurso de queja interpuesto. Asimismo, comparto la decisión del juez Julio B. J. Maier de declarar al recurrente exento de efectuar el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

Por todo ello, y de conformidad con la votación que antecede,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por el escribano Enrique Alberto Elías Waiman a fs. 2/11.

2°. *Declarar* al recurrente exento del depósito previsto por el art. 34 de la ley 402.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se archiven las actuaciones.

Fdo.: Julio B. J. Maier - Alicia E. C. Ruiz - Horacio G. Corti - José Saez Capel.

LV

“ÁLVAREZ, EDUARDO JORGE C/PODER LEGISLATIVO
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/INCIDENTE CIVIL
S/SAO - OTROS”

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
Competencia originaria. Art. 113 de la CCBA. Demanda de daños y perjuicios radicada ante la justicia nacional de primera instancia en lo civil. Incidente. Ley 1181 (Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Art. 6º, inc. 1º del CPCCN

Expte. nº 4598/06 - 4/4/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Las trece fojas recibidas del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 6 permiten inferir que la señora Nélide Isabel Núñez inició ante ese juzgado una demanda por daños y perjuicios contra el Banco Río que tramita en los autos “Núñez, Nélide Isabel c/Banco Río s/daños y perjuicios”, expte. n° 3079/05 (fs. 6).

En un “otrosí digo” —presuntamente del escrito de demanda— el abogado Eduardo Jorge Álvarez planteó por vía incidental la inconstitucionalidad de la ley de la Ciudad n° 1181 de creación de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA) y petitionó, como medida cautelar, la suspensión de su obligación de cumplir con los términos de dicha ley, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión, “previa citación a CASSABA” (fs. 1/4).

2. En atención a lo solicitado por el abogado Álvarez, el magistrado actuante ordenó la formación de un incidente (fs. 5) y dio vista al señor fiscal (fs. 9).

3. En su dictamen, el representante del Ministerio Público consideró que el juez nacional era incompetente para conocer en la incidencia y que, en atención a su objeto, ella encuadraba en los términos del art. 113, inc. 2°, CCBA (fs. 10 y vta.).

4. El juez interviniente se declaró incompetente para entender en estos autos y ordenó su remisión al Tribunal Superior de Justicia (fs. 11).

5. Llegadas las actuaciones al Tribunal, se corrió vista al Ministerio Público para que dictaminara sobre su competencia (fs. 15). El fiscal general adjunto consideró que: *a)* el Tribunal Superior resulta competente para conocer en el caso toda vez que “conforme los términos de la demanda, lo que el actor pretende plantear es, a mi juicio, la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 inc. 2° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *b)* no corresponde admitir la medida cautelar solicitada por el abogado Eduardo Jorge Álvarez, y *c)* el Tribunal debe pronunciarse respecto de la admisibilidad de la acción deducida (fs. 16/17).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta incompetente para entender en un planteo incidental de inconstitucionalidad de una ley local. Ninguna de las hipótesis atributivas de competencia previstas en el art. 113 de la Constitución local, prevé el tratamiento de cuestión semejante.

2. De conformidad con el art. 6°, inc. 1° del CPCCN, “[a] falta de otras disposiciones será tribunal competente: 1) En los incidentes (...), y acciones

accesorias en general, el del proceso principal”. La norma es clara e impide todo fraccionamiento de la competencia.

3. “La falta de otra disposición” a la que alude el texto normativo precedentemente citado, se encuentra vigente y sin excepciones a la vista. En efecto, ninguna norma local autoriza a este Tribunal para decidir una cuestión incidental como la propuesta por el abogado Eduardo Jorge Álvarez. Por otro lado, la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la Constitución porteña, aludida en el decisorio de fs. 10 y frecuente e incorrectamente asimilada por los operadores jurídicos no versados en el sistema jurídico local, con el art. 322 del CPCCN o 277 del CCAyT, es una acción directa, originaria y cuyo control de constitucionalidad es de carácter objetivo.

4. Por las razones apuntadas precedentemente, corresponde rechazar la atribución de competencia asignada por el señor juez nacional en lo civil y devolver las actuaciones a dicho magistrado para que en caso de insistir en su criterio eleve la contienda de competencia a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. art. 24, inc. 7º, dec. ley 1285/58). Así voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite y aclaro, además, que no existe impedimento alguno para que un tribunal resuelva el caso por aplicación de la ley que estime conveniente a él (arts. 15, 16 y conc., Cód. Civil).

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Considero que no es posible habilitar la competencia originaria y exclusiva de este Tribunal (prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA) para conocer en las presentes actuaciones, por los fundamentos expresados en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, a los que me remito en homenaje a la brevedad.

En efecto, la lectura de la petición *incidental* formulada a fs. 1/3 por el abogado Eduardo Jorge Álvarez en el marco de un proceso principal de daños y perjuicios que tramita por la vía del control difuso ante la justicia nacional en lo civil, permite aseverar que, en este caso, no nos encontramos ante una acción declarativa de inconstitucionalidad orientada de manera específica a obtener la pérdida de vigencia con alcance *erga omnes* de la ley 1181 —que creó la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA).

Por ello, entiendo que corresponde declarar la incompetencia de este estrado y devolver el expediente al señor juez remitente invitándolo, en caso de insistir en el criterio sentado en la resolución de fs. 11, a que eleve los

autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que resuelva la contienda negativa de competencia que en este acto queda planteada.

Así lo voto.

Por ello, y oído el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* su incompetencia para conocer en estas actuaciones y devolver las actuaciones al señor juez remitente.

2°. *Invitar* al señor juez nacional en lo civil, de insistir en el criterio sentado a fs. 11, a que eleve las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dilucide la contienda negativa de competencia planteada en autos.

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

Fdo.: Julio B. J. Maier - José O. Casás - Luis F. Lozano - Ana María Conde - Alicia E. C. Ruíz.

LVI

“PHILIPS ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘PHILIPS ARGENTINA S.A. DE LÁMPARAS ELÉCTRICAS Y RADIO C/GCBA (HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS JUAN A. FERNÁNDEZ) Y OTROS S/COBRO DE PESOS”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad.

Invocación genérica de garantías constitucionales.

Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y de prueba

Expte. n° 4283/05 - 4/4/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Philips Argentina S.A. promovió demanda (fs. 26/27 ppales.) contra el GCBA por el cobro de la suma de \$ 39.297,71, con más intereses y costas. En ella afirmó que su crédito se funda en la falta de pago de facturas presentadas al cobro, con motivo de la provisión de componentes para el equipo de rayos X y el servicio de mantenimiento al Hospital General de Agudos Juan A. Fernández.

2. La demandada opuso como defensa la excepción de falta de legitimación activa para obrar del actor por no haber agotado la vía administrativa, impugnando las sumas reclamadas y solicitando el rechazo de la demanda por entender que en el caso no se había seguido el procedimiento contemplado en el Régimen de Contrataciones vigente.

3. La jueza de primera instancia desestimó la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa, y condenó al GCBA al pago del importe adeudado más los intereses correspondientes hasta el efectivo pago, con costas a la vencida. Para así decidir tuvo en cuenta las órdenes de compra acompañadas por Philips Argentina, la prueba pericial y testimonial producida y tomó en consideración que la demandada no aportó los expedientes administrativos relacionados con el vínculo contractual invocado por la actora.

4. El GCBA apeló la sentencia sosteniendo que no existe un contrato válido que dé sustento a la pretensión de la actora.

5. La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso de apelación y revocó la sentencia recurrida en todas sus partes. En sus fundamentos afirmó que:

- a) La normativa vigente exige una determinada forma para instrumentar el contrato administrativo o bien para llevar a cabo su ejecución, y ella es de cumplimiento inexcusable, salvo supuestos de excepción que tampoco fueron probados.
- b) Los hechos probados en la causa resultan insuficientes para sustentar la pretensión de la actora ya que no logran acreditar la existencia de un contrato ni el efectivo cumplimiento de las prestaciones.
- c) La actora no sustentó su pretensión en un enriquecimiento sin causa de la demandada.

6. Frente a esta decisión, Philips Argentina S.A. dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 10/15), que fue denegado por la Cámara, por entender que se plantearon cuestiones de hecho y prueba ajenas al recurso sin haber expuesto un verdadero caso constitucional (fs.8/9).

7. Contra dicha resolución, la actora interpuso una queja ante este Tribunal (fs. 49/59).

8. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 65/67).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Philips Argentina S.A. a fs. 49 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede ser admitido.

2. La queja reitera los defectos señalados por la Cámara para fundar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

La alegada afectación a la garantía de reserva legal (art. 19, C.N. y 13, CCBA), a la defensa en juicio (art. 18, C.N. y 13, CCBA), al principio de razonabilidad (art. 28, C.N.) y al derecho de propiedad (art. 17, C.N. y 12, CCBA) a partir de citas de jurisprudencia (fs. 49/59), es sólo un reproche meramente genérico a la sentencia recurrida, pero no constituye una crítica desarrollada y fundada acerca de la invalidez de la sentencia. El recurrente no explica cómo la decisión cuestionada viola los derechos constitucionales invocados, ni logra demostrar que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa y los planteos constitucionales efectuados.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de 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 (*in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Por último, la alegada arbitrariedad de la sentencia no suple la ausencia del requisito mencionado.

El recurrente intenta demostrar, sin éxito, que la valoración de la prueba es constitucionalmente reprochable; sostiene que ha existido un “extremado rigorismo legal” (fs. 51), que “la Cámara arbitrariamente ha prescindido, sin suministrar razones plausibles, de elementos probatorios incorporados a la causa” (fs. 52), y que “la sentencia de Cámara genera una verdadera denegación de justicia” (fs. 52 vta.). Sin embargo, el recurso no logra demostrar la falta de razonabilidad en la selección o en la valoración de la prueba. La circunstancia de que la actividad de la Cámara se oriente en una dirección insatisfactoria para el agraviado no importa afectación del debido proceso adjetivo, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario.

Como se dijo en precedentes “cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales” [TSJ, *in re*: “Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Falbo de Martínez, Palmira c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 1923/02, sentencia del 19/2/2003].

En tales condiciones, sus argumentos, bajo la designación de arbitrariedad, tienden a controvertir los fundamentos contenidos en la sentencia recurri-

da, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional. Y más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara se encuentra suficientemente fundada a partir de circunstancias comprobadas de la causa. Por consiguiente, no se logra demostrar la arbitrariedad de la decisión recurrida.

4. Por otra parte, subsiste un fundamento autónomo de la sentencia que por sí mismo la sostiene y que no fue rebatido en la impugnación recursiva: la inexistencia de constancias documentales fehacientes que acrediten el vínculo contractual que habría relacionado a las partes, por haberse efectuado al margen de las normas aplicables, afirmación declarada por la sentencia de Cámara.

5. En consecuencia, al no plantear en forma correcta ni en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja un caso constitucional, los agravios de la actora se circunscriben a debatir cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenos, por regla, a la vía recursiva intentada.

En este sentido, corresponde aclarar que el tratamiento de las cuestiones traídas a debate no puede exceder el ámbito propio del recurso propuesto, lo que diferencia sustancialmente esta causa de otras eventualmente similares en las cuales se interpusiera recurso ordinario de apelación, circunstancia que permite el análisis sobre la valoración de la prueba efectuada en la instancia anterior (véase expte. n° 2564/03, “Hotel Corrientes c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido”), lo que no es posible cuando, como en este caso, se articula un recurso de inconstitucionalidad.

La queja, entonces, debe ser rechazada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por escrito y dentro del plazo legal (conf. art. 33, ley 402). Sin embargo, tal como sostiene en su voto la jueza Ana María Conde, debe ser rechazado.

2. Más allá de su esfuerzo argumental, la actora no logra rebatir los argumentos que dio la Cámara para declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 10/5 vta.

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. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). En otras palabras, así como fue obligatorio para los jueces de la Sala I fundar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

En este sentido, la presentación directa ante este Tribunal no satisface la condición de criticar acabadamente la resolución que denegó el acceso a esta instancia.

3. La queja interpuesta en esta causa sólo reedita los agravios presentados en el recurso de inconstitucionalidad que, por otra parte, no involucraban cuestiones constitucionales (conf. art. 27, ley 402).

En efecto, el recurrente se limitó en aquella oportunidad —al igual que en esta presentación— a discutir el modo en el que la Cámara valoró las pruebas obrantes, e interpretó las normas infraconstitucionales aplicables. Pese a que intentó darle un enfoque constitucional a sus planteos (invocando los arts. 28, 19, 18 y 17, C.N., y los arts. 13 y 12, CCBA), los argumentos de los que se valió no tienen conexión directa con reglas de tal rango.

El representante de Philips Argentina no logra presentar un supuesto de arbitrariedad que habilite la instancia. Sólo insiste, como ya lo hiciera sin éxito, en afirmar que hubo vínculo contractual con el GCBA y que, por ello, tiene derecho al cobro de las sumas que reclama.

Es por estas razones —concordantes con las que expuso la jueza de trámite— que la queja debe ser rechazada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana M. Conde.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega y jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, y a los fundamentos vertidos en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto en cuanto consideran que corresponde rechazar el presente recurso de queja. En efecto, la recurrente no ha logrado articular un caso constitucional —siendo a tal fin insuficientes los reproches genéricos efectuados— ni ha sustentado adecuadamente la alegada arbitrariedad de la sentencia del *a quo*. Estas circunstancias sellan la suerte adversa del recurso intentado.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en el sentido de que el recurso de queja, no obstante haber cumplido el recurrente con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, no puede prosperar.

Ello es así por dos razones: primero, el mecanismo impugnatorio intentado se agota en la denuncia crecientemente implausible de arbitrariedades. Segundo, en el caso no se debate cuestión alguna de otra índole a partir de la cual corresponda concluir que “Philips Argentina S.A.” ha articulado de modo aceptable otros problemas que afecten la sentencia y permitan tener por configurado un genuino caso constitucional. Por lo contrario, la discrepancia del quejoso con la sentencia impugnada se plantea con respecto a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, fundamentalmente con aspectos vinculados a la ponderación de la prueba por la Cámara y el intento del recurrente de

demostrar, contrariamente a la valoración efectuada por la alzada, la existencia de un vínculo contractual entre “Philips” y el GCBA.

Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Philips Argentina S.A.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 48.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan los principales con la queja.

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

LVII

“GIORDANO, GRACIELA C/OSCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”,
Y SU ACUMULADO, EXPTE. N° 4269/05, “OSCBA S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘GIORDANO, GRACIELA C/OSCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires.

Derecho de opción. Integración al sistema nacional. Competencia

de la jurisdicción local. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 4292/05 - 4/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Sra. Giordano Graciela, interpuso demanda de amparo contra el GCBA y la OSCBA a fin de poder ejercer la libertad de elección de su Obra Social. En ella, sostuvo que de acuerdo con lo que establece el art. 37 de la ley 472, a partir del 1º de enero de 2003 los afiliados a la OSCBA tienen reconocido el derecho a la libre elección de su obra social.

La demanda fue acogida favorablemente por la magistrada de primera instancia, la que condenó a la OSCBA y al GCBA a:

- a) “que en el plazo de treinta días cumplan con lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472, y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios, la primera deberá peticionar —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional”.
- b) “que hasta tanto se cumpla con lo dispuesto por el art. 37 de la ley 472 la demandada OSCBA deberá brindar a la actora prestaciones que no sean inferiores a las que los agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarles a sus afiliados (art. 28, ley 23.661)”.

La sentencia fue apelada por la OSCBA (a fs. 235/262/vta.) y por el GCBA (a fs. 340/341 vta.). La Sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, confirmó la sentencia de primera instancia.

2. La OSCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia de Cámara, por las razones que expresa a fs. 407bis/459vta.

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

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

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

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

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

3. Del recurso se dio traslado a la parte actora, quien solicitó que se dicte sentencia rechazando el recurso interpuesto (fs. 462/484).

A fs. 489/489vta., la Sala I resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Denegarlo en lo que se refiere a la arbitrariedad y a la gravedad institucional. La codemandada OSCBA, a fs. 674/696 vta., interpuso recurso de queja contra la denegatoria parcial.

4. El fiscal general adjunto dictaminó a favor de la parte recurrente, por considerar que la sentencia vulneró el principio de congruencia al fallar sobre cuestiones no planteadas, incurriendo de esta manera en un pronunciamiento *extra petita*, que afecta el derecho de defensa. En consecuencia, se pronunció a favor de que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad y se revoque la sentencia apelada (fs. 703/706 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La cuestión planteada en estos autos, resulta sustancialmente análoga a las resueltas por este Tribunal *in re* “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3080 y “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)” (expte. n° 3544), por lo que voy a aprovechar en los presentes los fundamentos allí vertidos.

2. La sentencia recurrida dispone cuestiones de diversa índole. Por una parte, emplaza a la OSCBA y al GCBA a cumplir en un plazo determinado las acciones ordenadas en el art. 38 de la ley 472, y, por otra, reconoce a la actora el derecho a que se le brinden cierto tipo de prestaciones asistenciales, hasta tanto cuente con la posibilidad efectiva de elegir la obra social a la que quieren pertenecer, de acuerdo con lo establecido por el art. 37 de esa ley.

La segunda cuestión no ha sido materia de agravios de la OSCBA ante esta instancia.

En consecuencia, la impugnación constitucional se dirige contra la orden, que confirmó la Cámara, dada a la OSCBA para que cumpla las acciones indicadas en el art. 38 de la ley 472, en el plazo de 30 días.

3. La recurrente no logra demostrar la configuración de un caso de gravedad institucional.

La OSCBA sostiene que el caso plantea una cuestión no justiciable. Así, señala que “[s]i la ley no es autosuficiente, su operatividad es una cuestión propia del poder administrador y legislativo. Si la Legislatura no dicta una ley, no es tema justiciable, ni sustituible por vía judicial, ya que excede todo control constitucional” (fs. 428).

En primer lugar debe señalarse que en el caso no se trata de juzgar la inactividad legislativa, sino la inactividad de la propia OSCBA en el cumplimiento de los deberes establecidos por su ley de creación (art. 38, ley 472).

Consecuentemente, la intervención judicial, en el caso, resulta acorde con las formas del estado de derecho definido en la Constitución de la Ciudad.

4. La lectura de la sentencia pone en evidencia la inconsistencia del recurso. Cuando la recurrente afirma que la sentencia “[...] importa un mandato judicial que obliga a derogación por parte de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de las leyes federales 23.660; 23.661 —sus reglamentarios y complementarios 576/93; 292/95; 492/95; 446/00; 504/98; 1130/00— 19.032; 24.241; dec. 82/94 y los términos de las obligaciones asumidas por el GCBA en el convenio de Transferencia del IMPS al Estado Nacional [...]” (fs. 433), aparece manifiesto cuán lejos de su cauce se ha llevado el debate. No hay manera de inferir que la Cámara ordenó al Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires derogar leyes federales. La sentencia, ordena a la OSCBA y al GCBA que den cumplimiento a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 472. Dicho art. 38 dispone que el directorio proponga a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar la integración de la obra social local al sistema nacional y compatibilizar los regímenes de aplicación. “Proponer medidas”, ese es el mandato legal que la sentencia de la Cámara ordena cumplir.

La OSCBA pretende justificar el incumplimiento que se le atribuye en relación con lo dispuesto en la ley afirmando que posibilitar el ejercicio del derecho de elección de los afiliados implica la derogación de la ley 472, y que no puede recibir un mandato judicial consistente en actuar contra la vigencia de la ley que la ha conformado (fs. 435). El argumento es falaz, ya que, como se vio, la sentencia repite el contenido del mandato legal, que otorga expresamente, no la facultad, sino el deber de hacer lo tendiente a hacer efectivo el derecho de elección.

5. El planteo de incompetencia de la jurisdicción local para intervenir en la causa que efectúa la OSCBA (conf. fs. 458/459), es insustancial. En un reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la justicia federal de la seguridad social es incompetente para intervenir en un asunto como el presente “en razón de que la falta de adhesión de la OSCBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud [...] torna inaplicable lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.661[...]”. En consecuencia dispuso la

competencia de los tribunales locales (*in re*: Competencia n° 37. XL. “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14. CCBA]”, sentencia del 29/6/2004, del dictamen del procurador fiscal interviniente al que la Corte se remite).

6. Cabe considerar el agravio consistente en el alcance *extra petita* en que habría incurrido la sentencia de Cámara, coincidente con la objeción que el fiscal general adjunto realiza a la sentencia por haber lesionado el principio de congruencia.

La actora pretende que se le permita ejercer el derecho a elegir otra obra social. Ese derecho de los afiliados está establecido en la ley 472, a partir de una fecha determinada (conf. lo establece el art. 37). Para que los afiliados (entre ellos la actora) pudieran ejercerlo, el directorio de la OSCBA está legalmente obligado a proponer a los poderes políticos las medidas que ellos debían adoptar para que la obra social pueda integrarse al sistema nacional (art. 38).

En otras palabras, la posibilidad de la actora de ejercer efectivamente el derecho establecido en el art. 37 de la ley 472 está en alguna medida condicionado a que el directorio de la OSCBA cumpla con lo dispuesto en el art. 38 de esa ley.

Por esa razón, la decisión del tribunal *a quo* de acoger la pretensión fundada en el derecho reconocido en el art. 37 disponiendo que se diese cumplimiento a lo dispuesto por el art. 38, lejos de desentenderse de la pretensión ejercida o de la cuestión debatida, constituye, entonces, un mecanismo posible de hacer lugar a aquella, que no excede los límites que el principio de congruencia o la garantía de la defensa en juicio imponen a los jueces en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas. En efecto, la pretensión de la actora no difiere del cumplimiento del mandato contenido en el art. 38, sino que lo contiene, aunque implícitamente.

7. La sentencia constata que la actora está impedida de ejercer su derecho de opción por no haberse efectuado la integración de la OSCBA al régimen nacional. Verifica que de acuerdo con el art. 38 de la ley, correspondía al directorio proponer a los poderes Legislativo y Ejecutivo las reformas a las normas y el dictado de las disposiciones que se estimase necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación legales. La parte dispositiva de la sentencia recurrida confirma lo resuelto en primera instancia, en cuenta manda al directorio a realizar, en el plazo que le fija, los actos que el art. 38 de la ley le ordena efectuar.

En consecuencia, desde la perspectiva del contenido de la sentencia, el recurso de inconstitucionalidad no puede prosperar, ya que la decisión judicial sólo ha conminado a la OSCBA a cumplir en un plazo determinado el mandato legal desatendido hasta ahora por el directorio de la obra social.

8. El resto de los agravios planteados por la recurrente no se vinculan en forma directa con lo decidido por la alzada. La extensión del recurso y la

acumulación de argumentos no logran ocultar que la sentencia simplemente dirige un mandato a la OSCBA para que proponga medidas a ser adoptadas por otros órganos del poder local. No es posible inferir directa e inmediatamente de ese mandato la trasgresión a leyes federales, nacionales o locales, como lo plantea la parte.

En suma, el recurso no logra demostrar que exista una específica vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara (dar cumplimiento al art. 38 de la ley 472) y los principios y derechos constitucionales, o la legislación nacional invocada por la recurrente (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 75, incs. 2º, y 22, 125, 126 y 129, C.N., arts. 6º, 21, 22 y 44, CCBA, leyes 23.660, 23.661, 24.588, y demás leyes locales invocadas por la demandada). En cuanto a las alegaciones fundadas exclusivamente en leyes locales, de carácter infraconstitucional, ellas no pueden suscitar un caso constitucional (conf. art. 27, ley 402).

9. La frondosa presentación de la OSCBA, tras una aparente crítica a la sentencia, cuestiona el art. 38 de ley 472 (con la modificación dispuesta por el art. 1º de la ley 627). No es pensable que el legislador haya conferido al directorio de la OSCBA el poder de impugnar la ley que la crea, ni habría podido hacerlo. Si el legislador no ve acertado el art. 38, la solución no es autorizar a que la OSCBA solicite judicialmente que se declare su inconstitucionalidad, sino derogarlo o no sancionarlo.

10. La obra social sostiene que la decisión judicial resulta arbitraria, al exigirle que cumpla lo establecido por el art. 38 de la ley 472, puesto que esto significa desconocer la existencia de la medida cautelar dictada en los autos “Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires c/Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/acción meramente declarativa”, la que suspendió los efectos del art. 37 de la ley 472. Al respecto la sentencia de Cámara sostuvo que “[...] contrariamente a lo que afirma la OSCBA, el objeto procesal de este juicio no consiste, de ningún modo, en impugnar esa decisión judicial, sino la omisión que la amparista imputa a las codemandadas (conf. consid. I y IX). [...]” (fs. 395). La crítica realizada por la recurrente, no pasa de ser general, sin argumentar cuál sería a su criterio la construcción correcta (no arbitraria). Ello lleva al rechazo del agravio.

La resolución que decretó la medida cautelar dispuso “suspender los efectos del art. 37 de la ley 402”, y la recurrente no muestra que lo dispuesto en la sentencia de Cámara, respecto del art. 38, interfiera con la suspensión de efectos del art. 37, dictada en aquel otro proceso, el que persigue un objeto distinto al que dio origen al presente pleito.

Finalmente, en cuanto sostiene el apelante que infundadamente se lo privó de producir prueba informativa desconociéndosele, en consecuencia, su derecho de defensa. La recurrente reitera nuevamente las manifestaciones llevadas ante la Cámara sin lograr rebatir los argumentos en que se fundamentó

la decisión del Tribunal *a quo*. En realidad, sus dichos se traducen exclusivamente en una discrepancia con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento aplicado por los jueces de mérito.

11. Por las razones expuestas en los puntos precedentes, voto por rechazar la queja, y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Con costas a cargo de la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto el criterio del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, respecto del rechazo de los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por OSCBA.

2. La queja fue interpuesta oportunamente. Sin embargo, ella no puede prosperar ya que no satisface el recaudo de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

La Sala I no admitió el recurso de inconstitucionalidad de OSCBA por las causales de arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional.

En relación con la alegada arbitrariedad, la quejosa intenta desvirtuar la resolución denegatoria mediante afirmaciones genéricas. En el punto IV de su presentación se limita a discrepar con el criterio de la Cámara sin dar razones ni justificar sus dichos. Ella incurre, en consecuencia, en el mismo defecto argumental que atribuye a la decisión recurrida: la generalidad de sus términos, por las razones que el juez de trámite expone en el último párrafo del apartado 10 de su voto.

En cuanto a la denuncia de “gravedad institucional” OSCBA sostiene —erróneamente— que “el fallo de la Cámara que motiva la presente queja *no ha abordado la cuestión*, siquiera ha esbozado un argumento que fundamente su denegatoria” (con mayúsculas en el original).

Una lectura del auto interlocutorio revela —sin embargo— que las razones con que la recurrente pretende poner en crisis los fundamentos de aquel, no son congruentes con las constancias del expediente.

En esa resolución, la Cámara contesta en forma expresa ese motivo de impugnación y da razones suficientes que justifican la solución denegatoria.

3. En relación con las materias por las que la Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad adhiero a los fundamentos que el juez de trámite expone en su voto.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por OSCBA, con costas (art. 62, CCAyT).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La cuestión de fondo planteada en el recurso de inconstitucionalidad, ya fue tratada por este tribunal en la resolución dictada el 20/10/2004 en autos “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad con-

cedido”, en la sentencia de fecha 27/4/2005 dictada en autos “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” —expte. n° 3544/04—, y su acumulado, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo” —expte. n° 3539/04—, y recientemente en la resolución dictada el 22/2/2006 en la causa “Lista Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo s/queja por recurso de inconstitucionalidad concedido” —expte. n° 4160/05.

Si bien el planteo formulado por la recurrente OSCBA permite tener por configurado el “caso constitucional” exigido por la ley 402 —como lo destacara en las sentencias mencionadas—, todos los precedentes aplicables han sido resueltos en sentido adverso a su pretensión, sin que haya aportado en autos nuevos argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar la doctrina resultante de esa jurisprudencia concordante y reiterada.

Por ello el “caso constitucional” planteado se ha tornado “insustancial”, siendo aplicable la consolidada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en dichos supuestos, aconseja el rechazo formal del recurso extraordinario federal (véase, entre muchos otros, *Fallos*, 303:907).

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, interpuestos por OSCBA. Con costas a cargo de la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La cuestión traída a decisión de este Tribunal en la presente causa es, en lo que aquí interesa, similar a la resuelta *in re*: “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, sentencia del 20/10/2004 (conf. voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz, al que adherí), en “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/4/2005, en “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo’”, expte. n° 4160/05, sentencia del 22/2/2006 y en “Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art.14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado, expte. n° 4268/05, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Di Cuffa, Edda c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4274/05, sentencia del 29/3/2006.

Así entonces, considero que volver sobre la cuestión se torna notoriamente insustancial (art. 30, L.P.T. y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de *Fallos*, 194:220, entre muchos otros —en la causa apuntada se dijo que reviste carácter insustancial, incluso una cuestión de nítida naturaleza fede-

ral, cuando sobre el punto se registra “una clara y reiterada jurisprudencia... de indudable aplicación al caso”; más aun cuando a ello se añade “la falta de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla”).

Por ello, corresponde remitirse a los precedentes de este Tribunal ya citados (nótese asimismo que, además de la difusión general de los pronunciamientos de este estrado, la recurrente —OSCBA— también fue parte en tales causas) y, en consecuencia, rechazar la queja interpuesta y declarar que el recurso de inconstitucionalidad, por los agravios habilitados, resulta impropio.

Lo hasta aquí señalado no obsta a sostener que, en lo que hace al fondo de la cuestión, el recurso de inconstitucionalidad tampoco podría prosperar, aún salvado el óbice sentado precedentemente, en atención a los sólidos fundamentos que ilustran el voto de mi colega, el Dr. Luis F. Lozano. Con costas.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto el criterio del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, respecto del rechazo de los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por OSCBA.

2. El asunto traído a decisión del Tribunal es sustancialmente análogo al resuelto en las causas “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, sentencia del 20/10/2004 (conf. voto de la señora jueza Alicia Ruiz, al que adherí), “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/4/2005 y, más recientemente, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista, Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo’”, expte. n° 4160/05, resolución del 22/2/2006.

En el caso bajo análisis, la inconsistencia del escrito recursivo obsta a la procedencia de la queja (conf. el punto 4 del voto del señor juez de trámite). En cuanto al recurso de inconstitucionalidad concedido parcialmente por la Cámara, no es ocioso destacar, *obiter dicta*, que mi remisión a los fundamentos expuestos en “Lista” y “Galleta” (argumentos que, en este último caso, hice propios por adhesión simple al voto de la jueza Ruiz) son indicativos, y no podría ser de otra manera, de la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad antes referido. En tal sentido, comparto el criterio de mis colegas, los Dres. Conde y Casás, en tanto expresan que volver sobre estas cuestiones se torna notoriamente insustancial, por lo que no reexaminaré los agravios referidos a la supuesta arbitrariedad y gravedad institucional del decisorio impugnado.

3. De este modo, con remisión a los fundamentos que ofrecí y a los que adherí en las causas citadas *supra*, así como a aquellos argumentos concordantes que ilustran el voto del juez de trámite en esta causa, dispongo desestimar la queja planteada a fs. 674/696 vta. y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por OSCBA a fs. 407bis/459 vta., con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Por ello, oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por OSCBA, con costas a la vencida.

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

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

LVIII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MORENO, RODRIGO FÉLIX
S/INF. ART. 56 CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

Admisibilidad. Ley 12. Derecho de defensa en juicio. Garantía de la doble instancia en materia contravencional. Caso constitucional. Sentencia absolutoria de primera instancia. Primera sentencia de condena en segunda instancia. Derecho a la revisión de la condena. Espectáculo deportivo. Ingreso a un lugar distinto del fijado por la organización del evento. Bien jurídico protegido. Principios de lesividad y de legalidad. Aplicación analógica del tipo contravencional

Expte. nº 4170/05 - 5/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El defensor general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 103/115 vta.) contra la sentencia dictada

por este Tribunal con fecha 10/2/2006 que dispuso rechazar el recurso de queja de fs. 61/74.

El recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal con base, sintéticamente, en que la sentencia en cuestión afecta por arbitraria la garantía de defensa en juicio, en tanto vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 18, C.N., arts. 7.5, 8.1, CADH y art. 14.3.c PIDCP, en virtud del art. 75, inc. 22, C.N.).

2. El fiscal general adjunto solicitó que se declare inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto. A su criterio, la sentencia impugnada no es definitiva ni puede ser equiparada a tal, y tampoco se ha planteado en el caso una cuestión federal (art. 14, ley 48) (fs. 118/120).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

No obstante que el recurso extraordinario federal realiza un mayor desarrollo del agravio relativo a la vulneración del derecho al plazo razonable del proceso que el hecho ante esta instancia, tanto que podría afirmarse que lo transforma en uno distinto, no muestra que la decisión impugnada sea definitiva o equiparable a tal.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal deducido a fs. 103/115 vta. cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por la legislación aplicable (esto es: fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal superior de la causa), él no resulta admisible, puesto que no se dirige contra una sentencia *definitiva* que habilite la competencia apelada de la CSJN (conf. art. 14, I, ley 48). Al pronunciarme sobre el recurso de queja deducido ante este Tribunal por la defensa del Sr. Ponzoni, expuse con detalle los fundamentos que me imponían concluir acerca de la inexistencia, en el caso, de una sentencia de mérito final sobre la imputación que sustenta el proceso bajo análisis. Aquellos argumentos, a los que me remito (véase fs. 92/99), permanecen incólumes en esta nueva instancia recursiva propiciada por el defensor general. En consecuencia, ésta es la razón básica por la cual considero que el recurso intentado no puede prosperar.

2. Las circunstancias que describo en el apartado precedente tornan inoficioso todo pronunciamiento sobre la posible existencia de una cuestión federal con relación a la alegada lesión al derecho del Sr. Ponzoni a ser juzgado en un plazo razonable. De la misma manera, tampoco creo necesario analizar la procedencia del agravio atinente a la supuesta arbitrariedad de la sentencia dictada por este Tribunal al rechazar el recurso de queja oportunamente interpuesto.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 103/115 vta. es admisible. Es deducido contra una resolución (del 10/2/2006), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

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

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

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por el señor defensor general.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con lo destacado por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano. En rigor, la cuestión federal referida *al derecho a ser juzgado en un plazo razonable* no puede prosperar pues, en esta oportunidad, el recurrente intenta poner en conocimiento de la CSJN un agravio diferente de aquel que propusiera ante este TSJ —al menos en cuanto a su dimensión y entidad—; al sostener, que “el enjuiciamiento de una simple tenencia de arma de uso civil condicionado por encima de los *tres años y casi diez meses* supera el cómputo del plazo razonable” (fs. 112, lo resaltado no obra en el texto), sobrepasa sustancialmente los límites de la argumentación esbozada por su ministerio, que aquí sólo se ocupó de discrepar con la interpretación de “una norma infraconstitucional (art. 56.2, L.P.C.) referida al plazo de duración de la ‘investigación penal preparatoria’ y al momento en el cual correspond[ía] iniciar el cómputo del plazo previsto en ella” (conf. mi voto en autos, a fs. 96). Ciertamente, en el marco de la excepción de falta de acción promovida, no constituye lo mismo impugnar la resolución judicial por el vencimiento de un plazo legal —regulado por una norma *procesal* local para una de las etapas del procedimiento— solicitando, por tanto, el “archivo de las actuaciones” (fs. 74, recurso de queja) —previsto por esa misma ley local—, que cuestionar, por inconcebible, la validez de la *duración total* del proceso, pues sobre este (otro) punto no se ha pronunciado ninguna instancia jurisdiccional de mérito. Así, los agravios invocados durante la tramitación del caso no se dirigieron a este fin, por lo cual, el recurso extraordinario —sobre esa base— no puede ser concedido. De considerar consistente este planteo, deberá hacerlo valer, con carácter previo, ante los jueces de la causa.

En este caso, eventualmente, la única cuestión proponible a la CSJN, giraría en torno a si el plazo previsto por el art. 56.2, L.P.C. —para concluir con la investigación preliminar a cargo del fiscal— puede ser interpretado (o no) como una regulación (local) de la garantía constitucional a ser *juzgado en un plazo razonable*. Sin embargo, este Tribunal aún no se ha expedido sobre el sentido y alcance que correspondía otorgarle a la norma adjetiva local, por la ausencia de una sentencia definitiva que así lo permitiera —no se han dado, tampoco, razones de entidad relacionadas directamente con la afectación de los preceptos constitucionales mencionados, para equipararla a ella—, por lo tanto, actualmente, no le incumbe a la instancia extraordinaria federal tomar intervención en estas actuaciones.

Por los motivos expuestos, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por denegar el recurso deducido.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, tal como lo sostiene en su voto el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, el mismo no puede prosperar.

2. Como lo expresé en el pronunciamiento recurrido, la decisión judicial que se intenta impugnar no constituye una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior (véase mi voto a fs. 95/96).

La sentencia cuestionada tampoco es definitiva, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal. En efecto, en su inveterada jurisprudencia el Tribunal cimero ha sostenido que “(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio” (*Fallos*, 303:633, entre otros). Además, en particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 118/120), corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por la defensa del imputado Manuel Eduardo Ponzoni.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 103/115 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 99, punto 2.

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

LIX

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MANCUSO, MARCELA LIDIA C/GCBA —APELACIÓN’”

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Sanción impuesta
por la Unidad Administrativa de Control y de Faltas. Taxímetro.
Revocación de la licencia. Principio de *ne bis in idem*. Cuestión local**

Expte. n° 4106/05 - 5/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Marcela Lidia Mancuso inició, ante la justicia en lo Contravencional y de Faltas, una acción de amparo (fs. 78/82 del expediente principal) con el fin de que se declarase la invalidez y posterior archivo del procedimiento tramitado en su contra ante la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA —DGEVYL— y, como consecuencia de ello, se ordenase el reintegro de los elementos de su propiedad retenidos. El procedimiento citado tuvo su origen en el contenido del acta de comprobación n° B3903310, labrada el día 16/3/2005, que documentó la falta consistente en la conducción del vehículo con taxímetro CFK 725, propiedad de la amparista, por un chofer no titular cuya habilitación se encontraba vencida por más de ciento veinte días (fs. 9 del expediente principal).

2. La jueza de primera instancia consideró improcedente el amparo deducido por la actora (fs. 117/123 del expediente principal). Apelada esa deci-

sión por la Sra. Mancuso (fs. 126/130 del expediente principal), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas revocó el fallo de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo incoada y ordenó que la DGEVYL del GCBA archivase el expediente tachado de ilegítimo y restituyese a la amparista los elementos retenidos (fs. 155/160 del expediente principal).

3. Frente a esa decisión, el GCBA interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 175/179 vta. del expediente principal), cuya denegatoria (fs. 194/196 vta. del expediente principal) motivó la presentación del recurso de queja de fs. 31/38 vta. Con fecha 21/12/2005 este Tribunal decidió, por mayoría, admitir ese recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto por el GCBA, revocar la resolución de fs. 155/160 del expediente principal y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo intentada (fs. 50/60).

4. Con posterioridad, la Sra. Mancuso interpuso recurso extraordinario federal contra la decisión de este Tribunal (fs. 65/78). Las argumentaciones de la recurrente pueden exponerse sintéticamente de la siguiente manera:

- a) al admitir la queja deducida por el GCBA, el TSJ se avocó al tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad (fs. 175/179 vta. del expediente principal) en el que no se había planteado un concreto “caso constitucional” y, de esta manera, el Tribunal realizó una interpretación diferente de la efectuada por los jueces de mérito respecto de los hechos de la causa, interpretación que resultó favorable al GCBA y contraria a las pretensiones de la amparista. En este sentido, la recurrente entiende que el decisorio impugnado es *arbitrario* y que, asimismo, constituye un supuesto de *gravedad institucional* que excede el interés particular de los litigantes; y
- b) lo dispuesto por este Tribunal, en tanto ordena proseguir las actuaciones administrativas ante la DGEVYL por un hecho en razón del cual la recurrente había abonado, en forma voluntaria y ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas, la suma de cincuenta pesos en concepto de multa por infracción a las prescripciones del art. 4.1.9 de la ley 451, vulnera la prohibición del *bis in idem*. Del mismo modo, la resolución impugnada, a criterio de la recurrente, lesiona su derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.), la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), su derecho de propiedad (art. 17, C.N.) y la libertad de comercio y trabajo (arts. 14 y 14 bis, C.N.).

5. De la presentación extraordinaria se corrió vista al GCBA. Su representante se pronunció en favor de la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto, debido a que éste no contiene una crítica razonada y concreta del fallo que objeta y, de modo paralelo, no plantea cuestiones que trasciendan la legislación local, dado que sólo se limita a mencionar derechos reconocidos

en normas de la Constitución Nacional, sin vincularlos de manera alguna con el caso concreto bajo estudio (fs. 81/86 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por Marcela Lidia Mancuso cumple con las formalidades exigidas por la ley. En efecto, el recurso intentado fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal superior de la causa (conf. art. 14, ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN).

2. Sin embargo, si el recurso es analizado en concordancia con su pretensión de plantear una cuestión a dirimir ante la CSJN, resulta claro, a mi juicio, que él adolece de dos vicios diferentes. El primer vicio consiste en intentar cuestionar la división que existe entre el poder sancionatorio de la Administración y el control que la misma Administración ejerce sobre las licencias o permisos que concede. En este caso particular, resulta claro que la sanción impuesta por la Unidad Administrativa de Control y de Faltas se dirigió contra la falta cometida por la permisionaria o licenciataria consistente en dejar conducir su automóvil de alquiler por un conductor cuyo permiso para conducir el taxímetro se encontraba vencido; en cambio, la Administración intenta ejercer, ahora, su poder de control cuando pretende revocar la licencia como taxímetro del automóvil que la poseía. Más allá de la justicia o injusticia de la sanción, ya agotada por el pago, y del interrogante acerca del control de la Administración, aún no concluido, lo cierto es que, en el caso bajo análisis, no se encuentra comprometido de manera alguna el principio *ne bis in idem* que invoca la recurrente (conf. fs. 74 vta. y ss.). Por su parte, el segundo fracaso del recurso se refiere a la ausencia de interés federal alguno, ya que la discusión propuesta gira en torno a un asunto eminentemente local referido a la habilitación de un automóvil como vehículo de alquiler. No obsta a esta conclusión la reiterada mención de diversas cláusulas constitucionales que la recurrente realiza en su presentación, puesto que resulta insuficiente para fundar un recurso la referencia ritual de derechos reconocidos por normas de carácter constitucional, sin que se acredite, precisa y fundadamente, su cercenamiento, según conocida jurisprudencia de este Tribunal (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Por lo demás, los agravios relativos a la supuesta *arbitrariedad* de la decisión objeto de recurso, así como también la invocada *gravedad institucional* que habría resultado de la resolución dictada por la mayoría de este Tribunal, constituyen sólo invocaciones del recurrente carentes de respaldo alguno y, más aún, sin conexión alguna con el caso bajo estudio. A pesar de ello, considero pertinente reiterar la jurisprudencia de la CSJN en materia de arbitrariedad de sentencia, según la cual “(1) a doctrina de la arbitrariedad

no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389 y 608, entre otros). Ello demuestra que el recurso actual no tiene apoyo en regla constitucional o federal alguna, pues se trata de una decisión que puede ser tachada por errónea según criterios particulares, pero no por inmotivada. Por su parte, *gravedad institucional* es, sin duda, un concepto utilizado en casos extremos por la CSJN para ampliar una competencia que no le fue concedida. Pero aun sin criticar tal extensión de la competencia, lo cierto es que de manera alguna este caso representa una decisión que excede el interés de la recurrente para extenderse a toda la comunidad o a la comunidad íntegra, de acuerdo con el supuesto o calificación utilizado por la CSJN para definir el concepto. A todo evento, vale recordar que la invocación de *gravedad institucional* no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal (*Fallos*, 311:120).

4. Por todo ello, propongo denegar el recurso extraordinario federal intentado, con costas a la recurrente.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a los desarrollos contenidos en los puntos 1 y 2, así como a la solución propiciada en el voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

La invocación de la doctrina de la arbitrariedad en el caso carece de sustento ya que la recurrente sólo pone de manifiesto una mera discrepancia con cuestiones ajenas al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del art. 14 de la ley 48, tal como lo sostiene el señor juez de trámite.

Por último, la invocación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de “*gravedad institucional*” queda huérfana de sustento toda vez que la solución que se impugna —sobre la situación particular de la titular de una licencia de taxímetro— no excede el interés individual de la apelante ni atañe en modo directo a la comunidad (*Fallos*, 303:962; 304:848; 308:206) y tampoco compromete instituciones básicas de la Nación (*Fallos*, 307:973). Esta circunstancia conduce al rechazo del recurso extraordinario federal articulado, pues por esta vía no es posible sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 —actual art. 116—, C.N. (*Fallos*, 311:120).

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en que la garantía del *ne bis in idem* carece de relación directa con lo resuelto, puesto que el fallo se apoya en su totalidad en fundamentos no federales, más precisamente en normas de derecho local.

En cuanto a la arbitrariedad no incumbe a este Tribunal pronunciarse sobre ella porque, si lo hiciera, estaría revisando su propio fallo.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por Marcela Lidia Mancuso a fs. 65/78, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

LX

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘PONZONI, MANUEL EDUARDO
S/INF. ART. 189 BIS, PÁRR. 3º, DEL C.P.’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Sentencia definitiva. Cuestión federal. Materia contravencional. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Perjuicio de imposible reparación ulterior

Expte. nº 4170/05 - 5/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El defensor general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 103/115 vta.) contra la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 10/2/2006 que dispuso rechazar el recurso de queja de fs. 61/74.

El recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal con base, sintéticamente, en que la sentencia en cuestión afecta por arbitraria la garantía de defensa en juicio, en tanto vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 18, C.N., arts. 7.5, 8.1, CADH y art. 14.3.c, PIDCP, en virtud del art. 75, inc. 22, C.N.).

2. El fiscal general adjunto solicitó que se declare inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto. A su criterio, la sentencia impugnada no es definitiva ni puede ser equiparada a tal, y tampoco se ha planteado en el caso una cuestión federal (art. 14, ley 48) (fs. 118/120).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

No obstante que el recurso extraordinario federal realiza un mayor desarrollo del agravio relativo a la vulneración del derecho al plazo razonable del proceso que el hecho ante esta instancia, tanto que podría afirmarse que lo transforma en uno distinto, no muestra que la decisión impugnada sea definitiva o equiparable a tal.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal deducido a fs. 103/115 vta. cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por la legislación aplicable (esto es: fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal superior de la causa), él no resulta admisible, puesto que no se dirige contra una sentencia definitiva que habilite la competencia apelada de la CSJN (conf. art. 14, I, ley 48). Al pronunciarme sobre el recurso de queja deducido ante este Tribunal por la defensa del Sr. Ponzoni, expuse con detalle los fundamentos que me imponían concluir acerca de la inexistencia, en el caso, de una sentencia de mérito final sobre la imputación que sustenta el proceso bajo análisis. Aquellos argumentos, a los que me remito (véase fs. 92/99), permanecen incólumes en esta nueva instancia recursiva propiciada por el defensor general. En consecuencia, ésta es la razón básica por la cual considero que el recurso intentado no puede prosperar.

2. Las circunstancias que describo en el apartado precedente tornan inoficioso todo pronunciamiento sobre la posible existencia de una cuestión federal con relación a la alegada lesión al derecho del Sr. Ponzoni a ser juzgado en un plazo razonable. De la misma manera, tampoco creo necesario analizar la procedencia del agravio atinente a la supuesta arbitrariedad de la sentencia dictada por este Tribunal al rechazar el recurso de queja oportunamente interpuesto.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 103/115 vta. es admisible. Es deducido contra una resolución (del 10/02/06), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

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

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

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por el señor defensor general.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con lo destacado por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano. En rigor, la cuestión federal referida *al derecho a ser juzgado en un plazo razonable* no puede prosperar pues, en esta oportunidad, el recurrente intenta poner en conocimiento de la CSJN un agravio diferente de aquel que propusiera ante este TSJ —al menos en cuanto a su dimensión y entidad—; al sostener, que “el enjuiciamiento de una simple tenencia de arma de uso civil condicionado por encima de los *tres años y casi diez meses* supera el cómputo del plazo razonable” (fs. 112, lo resaltado no obra en el texto), sobrepasa sustancialmente los límites de la argumentación esbozada por su ministerio, que aquí sólo se ocupó de discrepar con la interpretación de “una norma infraconstitucional (art. 56.2, L.P.C.) referida al plazo de duración de la ‘investigación penal preparatoria’ y al momento en el cual correspond[ía] iniciar el cómputo del plazo previsto en ella” (conf. mi voto en autos, a fs. 96). Ciertamente, en el marco de la excepción de falta de acción promovida, no constituye lo mismo impugnar la resolución judicial por el vencimiento de un plazo legal —regulado por una norma *procesal* local para una de las etapas del procedimiento— solicitando, por tanto, el “archivo de las actuaciones” (fs. 74, recurso de queja) —previsto por esa misma ley local—, que cuestionar, por inconcebible, la validez de la *duración total* del proceso, pues sobre este (otro) punto no se ha pronunciado ninguna instancia jurisdiccional de mérito. Así, los agravios invocados durante la tramitación del caso no se dirigieron a este fin, por lo cual, el recurso extraordinario —sobre esa base— no puede ser concedido. De considerar consistente este planteo, deberá hacerlo valer, con carácter previo, ante los jueces de la causa.

En este caso, eventualmente, la única cuestión proponible a la CSJN, giraría en torno a si el plazo previsto por el art. 56.2, L.P.C. —para concluir

con la investigación preliminar a cargo del fiscal— puede ser interpretado (o no) como una regulación (local) de la garantía constitucional a ser *juzgado en un plazo razonable*. Sin embargo, este Tribunal aún no se ha expedido sobre el sentido y alcance que correspondía otorgarle a la norma adjetiva local, por la ausencia de una sentencia definitiva que así lo permitiera —no se han dado, tampoco, razones de entidad relacionadas directamente con la afectación de los preceptos constitucionales mencionados, para equipararla a ella—, por lo tanto, actualmente, no le incumbe a la instancia extraordinaria federal tomar intervención en estas actuaciones.

Por los motivos expuestos, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por denegar el recurso deducido.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, tal como lo sostiene en su voto el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, el mismo no puede prosperar.

2. Como lo expresé en el pronunciamiento recurrido, la decisión judicial que se intenta impugnar no constituye una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior (véase mi voto a fs. 95/96).

La sentencia cuestionada tampoco es definitiva, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal. En efecto, en su inveterada jurisprudencia el Tribunal cimero ha sostenido que “(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio” (*Fallos*, 303:633, entre otros). Además, en particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 118/120), corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por la defensa del imputado Manuel Eduardo Ponzoni.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 103/115 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 99, punto 2.

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

LXI

“COOPERATIVA DE TRABAJO BUENOS AIRES
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘NN (AVDA. CALLAO 346/360) HOTEL BAUEN
S/INFRACCIÓN ART. 73, CÓD. CONTRAV.’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia. Tribunal superior de la causa. Plazo de interposición. Extemporaneidad. Excesivo rigor formal. Clausura preventiva impuesta por la Administración. Interferencia ilegítima del Poder Judicial. Carácter alimentario de los servicios personales de los socios de la cooperativa de trabajo. Sentencia definitiva

Expte. n° 4171/05 - 5/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

J. Marcelo Ruarte, presidente de la “Cooperativa de Trabajo Buenos Aires”, interpuso recurso de queja (fs. 26/29 vta.) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 64/65 vta.), por la cual se declaró inadmisble el recurso de inconstitucionalidad presentado (fs. 56/62) contra la sentencia que confirmó la decisión de la jueza de primera instancia en cuanto ordenó la clausura preventiva del inmueble donde funciona la cooperativa ya nombrada (fs. 36/42 vta.).

La medida cautelar que, en definitiva, cuestiona el recurrente, se adoptó durante el trámite de una causa contravencional en la que se investiga la su-

puesta violación de una disposición administrativa que impediría el funcionamiento del “Hotel Bauen”, ahora administrado por la “Cooperativa de Trabajo Buenos Aires” (fs. 36/37).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el Sr. Ruarte sostuvo que los camaristas habían tomado una decisión que carecía de sustento fáctico y jurídico; por ello, tildó la sentencia de arbitraria.

3. Los miembros de la Sala II rechazaron el recurso de inconstitucionalidad por una sola razón: afirmaron que éste resultaba extemporáneo debido a que, si bien había sido interpuesto dentro del término de diez días que fijan las normas aplicables, fue presentado ante este Tribunal Superior de Justicia y no ante la Cámara de Apelaciones —“tribunal superior de la causa”, conf. art. 28, ley 402—, donde ingresó una vez vencido dicho plazo.

4. En su recurso de queja ante el TSJ, el recurrente sostiene que el rechazo dispuesto por los jueces adolece de un rigorismo formal que afecta ilegítimamente los derechos constitucionales de los ciento veinte miembros de la cooperativa. Para fundar este punto, expresa que la presentación del recurso en la sede del TSJ se debió a un error de la letrada patrocinante —surgido de su interpretación de la ley 12— cuyas consecuencias de ningún modo deben recaer sobre los trabajadores nucleados en este emprendimiento.

5. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 69/71), compartió la decisión de los jueces de Cámara. Consideró, por lo tanto, que la queja debía ser rechazada porque el recurso de inconstitucionalidad que pretende defender arribó a la Cámara una vez vencido el plazo de diez días que fija la ley 402. En este sentido, entendió que la presentación extemporánea fue exclusiva responsabilidad de la parte recurrente, por lo que ésta debía afrontar sus consecuencias.

Por último, sostuvo que —de todas maneras— el recurso de inconstitucionalidad tampoco podría prosperar en razón de que no logra articular un caso constitucional concreto, sino que se limita a la mera enunciación de garantías y principios constitucionales.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402. Asimismo, contiene una descripción de los hechos principales de la causa y critica la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad intentado.

2. La queja de la defensa logra demostrar que la decisión de la Cámara de Apelaciones que denegó el acceso a esta instancia adolece de un excesivo rigor formal.

Efectivamente, el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en la mesa de entradas de este Tribunal Superior *antes* de que venciera el plazo de diez días fijados por la ley (fs. 56 y 64). Sin embargo, los integrantes de la Sala II lo declararon inadmisibles únicamente porque la presentación —pese a haber sido recibida por el TSJ dentro del plazo legal— arribó a la Cámara una vez superado el término que establece la norma aplicable (fs. 65).

3. Ahora bien, como señalé, el escrito en cuestión fue recibido dentro del plazo legal por quienes —en definitiva— son competentes para analizar los agravios sostenidos (y no frente a jueces que carecen de toda vinculación con la causa) y, a su vez, arribó a la Cámara sólo dos días después de que venciera el mencionado término. En estos supuestos, los jueces deben apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de los acusados respecto de las leyes, o del descuido de su defensor (pauta fijada por la CSJN en *Fallos*, 5:459, y retomada en *Fallos*, 310:1934, 311:2502, 314:1514, 314:1909, 315:2984, 319:192, 320:854, 320:1824 y voto en disidencia del juez Bossert en 323:1440).

En este sentido, creo oportuno mencionar que la interpretación de las reglas procesales, particularmente en materia penal-contravencional, será compatible con los principios constitucionales si permite el ejercicio de una adecuada defensa; resulta inválida, entonces, la utilización automática de disposiciones infraconstitucionales que frustren aquel derecho.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la queja y revocar la resolución de la Cámara que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad (fs. 618/624 vta., autos principales).

4. Sin embargo, el examen de admisibilidad que realizó la Sala II resulta provisorio, ya que es el Tribunal el órgano que (queja mediante) debe realizar la evaluación final del recurso. Por lo tanto, debe verificarse en este punto —y de manera definitiva— si el recurso de inconstitucionalidad presentado, más allá de las inválidas razones que dio la Cámara para denegarlo, cumple o no con los demás requisitos que fija la ley 402 para ser considerado admisible.

5. Cuando expresé las razones por las que considero que corresponde hacer lugar a la queja, dejé sentado que el recurso de inconstitucionalidad había sido presentado en cumplimiento de los requisitos de forma fijados en el art. 28, ley 402 (interposición por escrito, tiempo oportuno y lugar).

No obstante, al continuar con el análisis de las demás condiciones de procedencia (fijadas en el art. 27, ley 402) se advierte que el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva —o resolución que le sea equiparable— dictada por el tribunal superior de la causa.

Al respecto, este Tribunal ya sostuvo en reiteradas oportunidades que —por regla— las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el senti-

do del art. 27 de la ley 402 (conf. “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° 3338/04, resolución del 1º/12/2004 y sus múltiples citas).

El recurrente sostiene, resumidamente, que el Poder Judicial local practicó una irrazonable clausura preventiva del edificio en donde funciona la cooperativa; asimismo, expresó que esta medida afecta el derecho constitucional a ejercer industria lícita de los miembros de la asociación y desconoce que la Ciudad debe proteger el trabajo en todas sus formas. En el mismo sentido, entendió que la resolución atacada se apartó del mandato constitucional que obliga al estado a asegurar el ejercicio de los derechos constitucionales, eliminar barreras que impidan el desarrollo humano y económico, y dar protección y estímulo especial a las asociaciones cooperativas y al sector del turismo. Sin embargo, los argumentos que presentan los afectados no son suficientes para dejar de lado el criterio general fijado por el TSJ.

Por otra parte, no puedo dejar de señalar que la medida cautelar dictada ordena el cierre —sólo hasta que se desarrolle el debate— de un edificio que no cuenta con habilitación para funcionar como hotel de pasajeros; este elemento no hace más que obligar a los recurrentes —aún más que en otro tipo de casos— a demostrar de manera contundente que la decisión impugnada les provoca un agravio que no puede repararse durante el curso del proceso, o eventualmente en un posterior juicio contra el Estado local. En consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad debe ser declarado inadmisibile.

6. En atención a la procedencia de la queja, no corresponde intimar a la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

7. Por las razones expuestas voto por: hacer lugar a la queja y declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402) pero no puede ser admitida toda vez que la resolución de la Sala II que denegó la vía extraordinaria resultó acertada. Es sencillo, el recurso de inconstitucionalidad que se defiende en esta oportunidad arribó al “tribunal superior de la causa” (que dictó la resolución cuestionada, conf. art. 28, ley 402) fuera del plazo legal para hacerlo, y aquel vicio no pudo sanearse frente a la errónea interposición ante estos estrados —se presentó el décimo día en el TSJ—, pues una mínima diligencia (como la previa lectura de las leyes aplicables) hubiera bastado para sortear cualquier posible confusión. En definitiva, en este caso, se configuró un error inexcusable y sus consecuencias deben pesar, necesariamente, sobre quien incurrió en él. No cabe apartarse del rigor del derecho o subsanar los descuidos de la letrada defensora, pues tal temperamento podría conducirnos a suplir su actuación, incluso, en la carga de argu-

mentar sus pretensiones. La formalidad legal que rodea la deducción de los recursos hace precisamente a la seguridad jurídica y otorga certidumbre acerca de la conducta procesal que asumen los distintos sujetos involucrados, redundando, finalmente, en su propio beneficio.

Si bien he aceptado que, “a fin de evitar situaciones que potencialmente frustren derechos constitucionales, ha de tenerse por presentado el recurso en el tiempo y forma en la que fue interpuesto ante este Tribunal” (en esta especial materia contravencional y de faltas: “Benegas, Miguel Maximiliano s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 16/99, resolución del 18/3/1999 en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, pp. 31 y ss.; “Transporte 22 de Septiembre s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 19/99, resolución del 31/3/1999 en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, 2001, p. 43 y ss.; “Arias de Álvarez, Lidia s/art. 47 s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 132/99, resolución del 27/10/1999 en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, p. 573 y ss.), ello obedeció a las eventuales dudas que generaba la redacción e interpretación —literal— de las normas que hasta aquel momento regían esta cuestión (art. 53, ley 12 y art. 26, ley 7). Sin embargo, en la actualidad, a partir de la entrada en vigencia de la ley 402 (publicada en el *BOCBA* n° 985 del 17/7/2000), es improcedente continuar admitiendo aquella “situación de excepción” puesto que llevaría a desnaturalizar el alcance y contenido de las normas en juego. Por lo tanto, tal como lo sostuvo el fiscal general adjunto, la ley 402 clarificó los conceptos relativos a los plazos y a los modos de interposición y, al presentarse el recurso en un tribunal diferente al mencionado en el (claro) art. 28, se “asumió el riesgo derivado del tiempo que insumiría la llegada del escrito de interposición hasta este último” (fs. 70 vta.).

Cabe resaltar que el presente sumario no guarda similitud con aquel que suscribiera —junto a mi distinguido colega, José O. Casás— en autos “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Scurzi, Delia Liliana c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2518/03, resolución del 19/11/2003. Ello así, puesto que no se advierten circunstancias excepcionales que permitan aseverar que se indujo a un error al impugnante —en aquel caso el recurrente presentó el escrito en la unidad judicial que le había notificado la decisión que pretendía recurrir y donde se encontraba el expediente— y, en consecuencia, la falta de presentación bajo las formas prescriptas sólo le es imputable a aquél.

Por lo demás, no logro comprender la supuesta confusión alegada por el quejoso para justificar su yerro: “un error interpretativo basado en la lectura literal de una norma aplicable no puede devenir en una negación de justicia” (fs. 27 vta., la cursiva es propia). Ni bien se lee el recurso de inconstitucionalidad se advierte que él aparece fundado en el art. 61.3, L.P.C. (fs. 19), es decir, en los términos de un precepto que no resultaba aplicable en razón de la materia —resulta claro que el objeto procesal de este caso no se relaciona con ninguno de los tipos penales cuyas competencias fueron transferidas por la

ley 597 (conf. art. 55, L.P.C.)—. En consecuencia, y aún si se intentara “reparar” el descuido ‘formal’ del recurrente en cuanto al lugar de presentación, de estarse a la óptica que propuso en su queja como paliativo de su omisión —la lectura literal de la ley 12 aislada del resto del ordenamiento (v. gr. ley 402)—, la presentación fue deducida en forma extemporánea, pues el art. 53 L.P.C., que sí se ajusta a la materia, prevé (*literalmente*) un plazo de 5 días para interponer “ante el Tribunal Superior de Justicia los recursos previstos en los incs. 4º. y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Ciertamente, la ley 402 reguló los aspectos generales del recurso de inconstitucionalidad —básicamente: forma, tiempo y lugar— y optó por extender tal término (“Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Prodan, Eduardo Emilio s/art. 38, Cód. Contrav.’”, expte. n° 1560, resolución del 16/7/2002 en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, pp. 318 y ss.). Empero, desde el plano lógico de su argumentación, si invoca el desconocimiento de esta última norma (error de derecho), no puede válidamente ampararse en el plazo que ella establecía para deducirlo (10 días) o, menos aún, resguardarse en aquellos preceptos que jamás gobernaron el caso —advuértase que en su queja insiste en fundamentar su posición sobre la base del citado art. 61.3, L.P.C.; véase fs. 27— bajo el aparente pretexto de haber realizado una supuesta ‘interpretación fiel’, que no fue tal. En suma, en estos términos, su excusa pierde seriedad tan pronto se comienza su lectura.

Entonces, el rechazo del recurso de inconstitucionalidad por intempestivo no obedece a un exceso de rigor formal ni a la utilización automática de normas infraconstitucionales, sino que, claramente, reconoce su causa en los principios generales del derecho: “las leyes se presumen conocidas desde su publicación” y su ignorancia no sirve de suficiente excusa (derivados de los arts. 1º, 2º, 3º y 20, Cód. Civil) pues, cuanto mayor es el conocimiento, mayor es la diligencia exigible (art. 902 *ibídem*).

2. Estas consideraciones me eximen de analizar los restantes puntos de la presente queja, y, en concordancia con lo expuesto por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar el recurso intentado.

3. En cuanto al depósito del art. 34 de la ley 402, corresponde intimar su integración bajo apercibimiento de ejecución.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz en que, una vez que el juez Maier, obrando por el TSJ, optó por remitir el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, entregado en esta sede en lugar de serlo al tribunal ante el cual debía ser hecha la presentación, durante el transcurso del décimo día computable a partir de la notificación de fs. 613 de los autos principales, constituye un rigor formal excesivo tomar como oportunidad de

la presentación la fecha en que el TSJ la hizo llegar al *a quo*, y no aquella anterior y temporánea en que fue aquí recibido.

2. La recurrente le imputa al *a quo* haber fallado en forma arbitraria. Sostiene que, la clausura preventiva impuesta a su representada en los términos del art. 29, L.P.C. configura una violación de sus derechos constitucionales que le provoca un daño no susceptible de reparación ulterior. Esto estaría determinado por la imposibilidad de que los miembros de la cooperativa de trabajo continúen con el desempeño del cual obtienen su sustento diario. De esta circunstancia derivan la naturaleza equiparable de la decisión recurrida, una clausura cautelar, con la sentencia definitiva contra la cual puede ser deducido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Estas actuaciones fueron promovidas a instancia de la titular de la Fiscalía N° 3 por “(...) presunta violación de la clausura impuesta por la Dirección Gral. de Verificaciones y Habilitaciones del GCBA (...) en el sector *Pastelería* (1° subsuelo) y *Cocina* (2° piso) del inmueble sito en la Av. Callao 346/60 de esta Ciudad (...)” (fs. 100/101, autos principales). A fin de constatar dicha situación la fiscal petitionó que se librara orden de allanamiento para obtener las pruebas pertinentes (fs. 100/101, autos principales). Arribado el expediente al juzgado contravencional, y antes de proveer lo solicitado por la fiscal, la jueza de grado ordenó librar oficio al Juzgado Comercial N° 9. En base al informe enviado por dicho juzgado, la fiscal entendió que “(...) a la grave situación expuesta al solicitar la primigenia orden de allanamiento (esto es, la presunta violación de clausura en el sector cocina), se suma ahora la comisión de la violación de la clausura de todo el inmueble (...)”, por lo que petitionó que se ampliara a todo el inmueble aquella primera orden de allanamiento, con el objeto de constatar la contravención, y en su caso, reimplantar las fajas pertinentes (fs. 210/211, autos principales). Una vez realizada la medida, la fiscal tuvo por acreditado que el inmueble se encontraba en pleno funcionamiento, en flagrante violación a lo dispuesto por el art. 73 de la ley 1472, por lo que solicitó la clausura total en los términos del art. 29, L.P.C. (fs. 248/250, autos principales). La jueza de grado dispuso la medida peticionada por la fiscal que fue confirmada por la Cámara.

Por su parte, la clausura cuya violación se analiza habría sido impuesta, según las referidas afirmaciones de la fiscal (fs. 100/101 y 210/211, autos principales), por la Administración en ejercicio de funciones propias, de naturaleza, por cierto, administrativa. Surge de la medida judicial aquí cuestionada que la decisión administrativa, presuntamente transgredida, se fundó en los arts. 2.1.8., 2.1.9., parr. 3° de la ordenanza 44.947 (B.M. 19.045) y ordenanza 41718/86 Anexo I, Capítulo I, art. 2° y las potestades otorgadas por la resolución 13/SG/96 (BOCBA n° 41) y los decs. 654/GCBA/00 y 18/GCBA/99 [BOCBA 1190 y 611 respectivamente] (fs. 444/450, autos principales y expte. adm. 233875-DGB que corre agregado por cuerda).

Esa clausura judicial buscó apoyo en las irregularidades informadas a raíz de la inspección ocular llevada a cabo en el Hotel Bauen, en el marco del proceso contravencional que motiva este expediente. Tales irregularidades, según el pronunciamiento impugnado, configurarían las hipótesis de peligro que, con arreglo al art. 29 de la ley 12, suscitan la facultad ejercida. En tal sentido, la Cámara valoró el informe producido por la Superintendencia Federal de Bomberos que daba cuenta de un gran número de irregularidades en materia de seguridad y salubridad (v. gr., falta de visualización de la llave de incendio signada con el n° 24 y la llave signada con el n° 26 se encontraba dentro de un *office* de planta baja, ausencia de visualización de la boca de impulsión en la fachada o vereda del hotel, ausencia de extintores en algunos sectores, el salón de fiestas privadas ubicado en planta baja no posee la cantidad de matafuegos necesarios, ausencia de sistema de iluminación de emergencia de encendido automático en caso de emergencia, inexistencia de señalización de medios de salida, existencia de cables expuestos entre otras). En palabras del *a quo*: “(...) del análisis y luego de la descripción efectuada (...) estamos en condiciones de definir, con relación a la exigencia del inminente peligro para la salud o seguridad públicas, que se encuentran comprometidas las condiciones de seguridad y funcionamiento del hotel en cuestión, siendo preciso señalar que para la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 29, L.P.C. no es necesaria la certeza de la materialidad de los hechos y la responsabilidad del comprendido por aquella, sino la verificación de que la conducta que se erige en objeto del proceso contravencional pone en riesgo o inminente peligro la salud o seguridad pública (...)”.

4. El recurso interpuesto impone precisar el alcance de la potestad del juez contravencional para disponer una clausura preventiva. El art. 29, L.P.C. establece: “Cuando el juez o jueza verifica que la contravención pone en inminente peligro la salud o seguridad pública, puede ordenar la clausura preventiva del lugar, limitándola al ámbito estrictamente necesario, hasta que se reparen las causas que dieron motivo a dicha medida, y sin que ello impida la realización de los trabajos necesarios para la reparación (...)”.

La regla debe ser cuidadosamente interpretada a fin de no superponer el ejercicio de la función jurisdiccional con la administrativa. En el caso, según señalé, la administración ya había ejercido la propia. Precisamente, la contravención investigada consistía en la violación de la clausura dispuesta en ejercicio de aquella función administrativa. La protección brindada por la clausura administrativa, en principio, no exigía del juez más que su reposición para neutralizar los peligros causados por las irregularidades constatadas en el Hotel Bauen (conf. fs. 210/211 y 248/250, autos principales). El pronunciamiento judicial impugnado se superpone con la interdicción de las actividades alcanzadas por la disposición administrativa supuestamente violada, porque justamente vino a superponerse con el control que la Administración ya había ejercido al emitir el acto de clausura. La existencia de una facultad judicial con

tal alcance no encuentra respaldo en las previsiones del art. 29, L.P.C. Asumir lo contrario implicaría aceptar que el legislador quiso atribuir el ejercicio de la función administrativa, de manera simultánea, al Poder Ejecutivo y Judicial, sin respetar el reparto de competencias que la CCBA atribuye a cada uno de ellos. Esa distorsión a la que se sometería el sistema queda en evidencia cuando se analizan las consecuencias concretas que podría producir. Así, por ejemplo, sería posible que aunque la administración finalmente habilitara la prestación de los servicios en cuestión, pesara de todos modos sobre ellos la prohibición dispuesta por la justicia contravencional, decidida por motivos que sólo correspondía a la Administración evaluar y, en su caso, al fuero en lo contencioso administrativo y tributario controlar a instancia de parte legitimada. A su vez, visto desde el ángulo opuesto, el levantamiento de la clausura judicial, en tanto ella habría sustituido a la administrativa en vez de restituirla, provocaría que la finalidad perseguida por la administración quedara en la práctica desatendida o directamente anulada sin el proceso pertinente (v. gr., revocación en sede administrativa o sentencia judicial del fuero competente según el caso).

Un ejemplo de empleo legítimo de la facultad del art. 29, L.P.C. sería aquel en que se promueve ante el juez contravencional acción por omitir recaudos de organización y seguridad en espectáculos artísticos o deportivos (art. 96, Cód. Contrav.). Una clausura preventiva de la especie que consideramos, previa constatación de un peligro inminente, no un mero riesgo, sería presumiblemente justificada, en tanto el juez es el órgano del Estado que toma contacto con el problema, y sin perjuicio de lo que compete hacer a la autoridad administrativa al tiempo que tome intervención. Esa medida no sustituye ni interfiere con la actuación administrativa que, en nuestro ejemplo, no estaría en curso; aunque, naturalmente, es la autoridad administrativa la que puede expedirse acerca de cuáles son las medidas de seguridad exigibles en una actividad de esa especie. Precisamente, el art. 96 del Cód. Contrav. sanciona a quien omite cumplir “(...) los recaudos de organización exigidos por la legislación vigente o por la autoridad competente (...)” en materia de espectáculos artísticos o deportivos. En el ejemplo propuesto, el peligro estaría originado en la contravención cuya eventual sanción corresponde privativamente a la justicia contravencional. En cambio, en el *sub lite* los servicios cuya prestación, en las condiciones verificadas por el juez contravencional, resultarían riesgosos, ya habían sido prohibidos por la clausura administrativa presuntamente transgredida. Mientras que la medida de seguridad omitida (art. 96, Cód. Contrav.), por un lado, genera de manera directa los peligros que la clausura preventiva conjuraría, por otro, es el objeto específico del proceso sobre el que deberá expedirse necesariamente la sentencia definitiva. En el caso de autos, en cambio, el peligro que la clausura judicial pretende evitar soslaya que el hotel ya estaba clausurado —en relación con las actividades productoras del riesgo—, por la administración, en ejercicio de competencias

propias y distintas de la que suscita la contravención sobre la que el juez fue llamado a pronunciarse. Resulta indisputable que la ausencia de matafuegos o la carencia de iluminación de emergencia carecen de relevancia para determinar si se tiene por configurada la violación de clausura, cualquier consideración que pudiera hacerse en relación con las irregularidades detectadas nada aporta respecto de la verificación de la contravención investigada; en todo caso, ellas, podrían ser tenidas en cuenta a los fines de cuantificar la pena.

5. En definitiva, el ejercicio de la potestad prevista en el art. 29, L.P.C. queda supeditado a que el ejercicio de la función judicial no se superponga con la administrativa, y a que el peligro inminente que amenaza la salud o seguridad pública provenga directamente de la contravención investigada. La aplicación del artículo mencionado, por regla, requiere la verificación de que la contravención investigada ponga en inminente peligro la salud o seguridad pública, y que no interfiera con el ejercicio de una competencia reconocidamente administrativa. De ahí que cuando la clausura está dispuesta por la Administración, no cabe que el juez contravencional la revise a propósito de establecer si corresponde o no disponer la medida del art. 29, L.P.C. Tampoco que revise por esta vía un eventual levantamiento. En cambio, cuando la Administración no ha tomado intervención en el caso y, en consecuencia, la competencia administrativa no ha sido ejercida, como en el supuesto de violación del art. 96 del Cód. Contrav. al que me referí más arriba, compete al juez disponer la medida que el proceso contravencional en curso requiera, sin perjuicio de que la Administración acuda y aplique sus facultades ulteriormente. Resumiendo, desde tal perspectiva no podría el juez contravencional levantar una clausura dispuesta por la autoridad administrativa con base en que no concurren las exigencias del art. 29 comentado. Tampoco mantenerla, si es decisión de la Administración eliminarla. En el caso de autos, si restituir la disposición administrativa presuntamente violada resultaba suficiente para conjurar los peligros invocados por los jueces de mérito, no podían ellos recurrir al art. 29, L.P.C. para ratificar (tampoco modificar y menos levantar) una clausura administrativa cuyo control no les corresponde. La norma mencionada, está pensada para situaciones extremas y no otorga al juez contravencional potestades de clausura generales pues, si así fuera, vendría a transferir al Poder Judicial funciones administrativas, al margen de la distribución de poder prevista en la CCBA. El ejercicio de esas funciones administrativas por ambas ramas de gobierno en forma concurrente, importaría materializar una interferencia ilegítima del Poder Judicial en la esfera propia del ejecutivo, apta para perturbar el normal desenvolvimiento de la administración y alterar, además, el momento y la forma en que el legislador reglamentó su revisión judicial.

6. Lo expuesto no importa desconocer la legítima preocupación que generan las irregularidades halladas en el Hotel Bauen. Sin embargo, correspon-

de a la Administración evaluarlas y, en su caso operar al respecto. En efecto, surge del expediente que la recurrente estaría tramitando la habilitación para funcionar ante la autoridad administrativa. Entretanto, no cabe sino estar a lo que dicha autoridad tiene dispuesto. Así, dejar sin efecto la decisión impugnada no implica levantar la clausura dispuesta por la administración, sino aquella otra, preventiva, dispuesta por los jueces de mérito.

7. A esta altura de la exposición resulta que el pronunciamiento recurrido debe ser equiparado a uno definitivo en razón de constituir una ilegítima interferencia de la función judicial con las de la Administración, interferencia que redundará en un serio impacto sobre servicios personales de los socios de la cooperativa de trabajo que cabe presumir ostentan carácter alimentario.

En consecuencia, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado y revocar la clausura dispuesta con sustento en el art. 29, L.P.C.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto el criterio de mi colega preopinante, la señora jueza Ana María Conde, en el sentido de que la queja, aunque fue deducida en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no puede tener acogida favorable. En efecto, el recurso de inconstitucionalidad debe interponerse ante el tribunal que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación del decisorio criticado (conf. art. 28, ley 402). Ninguna de estas exigencias para la procedencia de la vía impugnatoria intentada ha sido satisfecha por la Cooperativa de Trabajo Buenos Aires: el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto ante el propio Tribunal Superior de Justicia dentro del plazo dispuesto por la normativa aplicable aunque, cuando la causa arribó a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas —*el tribunal superior de la causa*, art. 27, ley 402— (el 1/8/05) la presentación resultó extemporánea (la decisión de la Sala II de la Cámara se había notificado a la Cooperativa el 13/7/2005).

Yo mismo dispuse la remisión del escrito a la Cámara de Apelaciones “para que ese tribunal resuelva aquello que considere pertinente” y fundé la remisión en el carácter erróneo de la presentación del recurso ante estos estrados —conf. fs. 643, autos principales, y la jurisprudencia del TSJ que cito.

Sin embargo, existen razones de mayor peso para rechazar el recurso, que expondré en el número siguiente, ya que, al haber ofrecido el agravio por inconstitucionalidad dentro del plazo (según un punto de vista plausible), bien que con un yerro en el lugar de su ofrecimiento, tal error puede ser tolerado.

2. Como lo he sostenido reiteradamente, los pronunciamientos referidos a medidas cautelares no constituyen, en principio, *sentencias definitivas*, en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf. mi voto en la misma sentencia que la señora jueza de trámite cita como precedente del Tribunal en una causa de

rasgos similares a la que actualmente analizo, “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° 3338/04, sentencia del 1/12/2004. Más recientemente: “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Soto, Pablo s/infracción art. 41, Cód. Contrav. —nulidad—, apelación’”, expte. n° 4030/05, sentencia del 3/8/2005).

La recurrente tampoco acredita que la decisión de la Cámara genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva. Sus afirmaciones relativas a la irrazonabilidad de la clausura preventiva del inmueble donde funciona la Cooperativa y demás argumentos orientados a mostrar la supuesta afectación de derechos constitucionales (como el de ejercer industria lícita), así como el presunto apartamiento de mandatos de igual jerarquía (como el de promover el desarrollo de las asociaciones cooperativas y el sector turístico) no se sustentan en una exposición satisfactoria. Ello es particularmente ostensible si se contrasta la argumentación de la recurrente con las irregularidades que se le atribuyen y se tienen por constatadas en la sentencia de primera instancia que dispuso la clausura preventiva del inmueble correspondiente al “Hotel Bauen”, confirmada a fs. 488/491 por la Cámara, todas ellas referidas a las condiciones de seguridad y salubridad del inmueble clausurado, que lo ubica en “un estado de peligro cierto” (conf. especialmente fs. 445 vta./448 y las conclusiones del informe técnico legal a que alude la jueza de grado a fs. 446 vta.).

3. Por las razones expuestas, y de conformidad con la solución que propicia en su dictamen el señor fiscal general adjunto (fs. 69/71), resuelvo rechazar la queja planteada por la Cooperativa de Trabajo de Buenos Aires.

4. En cuanto al depósito previsto en el art. 34, ley 402, corresponde intimar su integración bajo apercibimiento de ejecución.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que la presente queja intenta sostener fue correctamente rechazado. En este sentido, comparto los desarrollos contenidos en el dictamen del señor fiscal general adjunto, Dr. Luis Jorge Cevasco (obstante a fs. 69/71), pues de las constancias de la causa surge que el recurso de inconstitucionalidad aludido, luego de haberse presentado ante este Tribunal de manera incorrecta, arribó a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas una vez vencido el plazo de diez (10) días previstos en el art. 28 de la ley 402.

En mi concepto, del texto legal aludido se desprende con nitidez que el recurso de inconstitucionalidad debe interponerse ante el mismo tribunal que ha dictado la resolución que se objeta (para el caso, la Cámara de Apelaciones

en lo Contravencional y de Faltas). Al mismo tiempo, se advierte que la falta de presentación en término del recurso “no es imputable a ningún sujeto más que a la misma recurrente” (del dictamen del señor fiscal, a fs. 70 vta.).

Por lo demás, cabe aclarar que no resulta aplicable al *sub lite* el criterio adoptado en la causa “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Scurzi, Delia Liliana c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 2518/03, resolución del 19/11/2003. En aquella ocasión, en el voto que suscribí junto a mi distinguida colega, Dra. Ana María Conde, sostuve que la aplicación literal del art. 28 de la ley 402 que regula la forma, plazo y trámite de interposición del recurso de inconstitucionalidad, revelaba un excesivo rigor formal que no se compadecía con un adecuado servicio de justicia y lesionaba los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3°). Ello así, debido a que en el expediente citado se desprendía de sus constancias que la Cámara había encomendado al juzgado de origen la notificación de su sentencia a las partes. Se dijo en aquel momento que la Cámara podría haber inducido a un error al recurrente, pues éste había presentado el escrito ante la unidad judicial que en definitiva le había notificado la decisión que pretendía objetar y donde físicamente se encontraba el expediente.

Toda vez que tales extremos no se verifican en este caso, dado que la recurrente presentó su escrito ante este Tribunal Superior de Justicia, aquel precedente no resulta aplicable. Como se dijo, de las constancias de la causa no surgen circunstancias peculiares que permitan aseverar que se ha inducido a un error al impugnante que lo condujera a interponer el recurso ante este estrado.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, aún si se dejara de lado el defecto formal antes señalado, en atención a que el recurso de inconstitucionalidad incorrectamente presentado ante el Tribunal (antes de que venciera el plazo de 10 días exigido por la ley de rito) fue remitido por el juez Julio B. J. Maier a la Cámara, debe destacarse que la presente queja y el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria la motiva, no se dirigen a impugnar un pronunciamiento definitivo, como lo exige el art. 27 de la ley 402. Coincidió, entonces, con lo afirmado al respecto en el punto 5 del voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz y en el punto 2 del voto de mi colega, Dr. Julio B. J. Maier.

Este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que “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*: “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. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279, “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido, en: ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001 y “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° 3338/04, sentencia del 1/12/04, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, se advierte que ni en el recurso de queja ni en el de inconstitucionalidad la interesada se ha hecho cargo de esta constante jurisprudencia del Tribunal. Y si bien podría argumentarse en el caso que el perjuicio estaría al menos insinuado desde el momento en que se expresa que la *clausura preventiva* del hotel impediría a los miembros de la cooperativa ejercer su derecho a trabajar, creo que tal situación no se ha confrontado en el recurso con una circunstancia relevante: el inmueble que nos ocupa, en definitiva, carece de la habilitación administrativa necesaria para funcionar como hotel, según los propios dichos de la recurrente (fs. 57 vta.). Es cierto que también se ha expresado que en el edificio de Av. Callao 346/360 se desarrollarían otras actividades e incluso existirían sectores tercerizados. Sin embargo, esas “otras actividades” no se identifican en el recurso. Tampoco se expresa de qué manera concreta el menoscabo que supuestamente sufrirían esos “terceros” con la clausura preventiva repercutiría en los derechos de la cooperativa (fs. 58/9). En consecuencia, tengo para mí que esas escuetas afirmaciones, aisladas y genéricas, no resultan idóneas para acreditar la entidad o envergadura de los alegados perjuicios. En suma, no se ha demostrado en el recurso que la sentencia atacada deba equipararse a una decisión definitiva debido a que provoca un daño de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Por las razones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, propicio rechazar la presente queja e intimar a la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 26/29 vta. e *intimar* a los recurrentes para que en el término de cinco días integren el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas.

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

LXII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘CARBALLO, JONATHAN FABIÁN S/INF. ART. 189 BIS,
PÁRR. 3º, C.P. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Sentencia absolutoria firme. Cuestión abstracta

Expte. nº 4290/05 - 11/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensora de Jonathan Fabián Carballo presentó recurso de queja (fs. 65/87 vta.) contra la resolución de la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas de fecha 30/9/2005 (fs. 58/60 vta.) que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 37/54) deducido contra la sentencia del 8/4/2005 (fs. 32/34 vta.) por la cual se resolvió “[n]o hacer lugar al recurso de queja interpuesto (...)” respecto de la decisión de primera instancia (fs. 15/16 vta.) que denegó la apelación de la defensa, sobre el rechazo de su pedido de archivo de las actuaciones por haber transcurrido el plazo previsto en el art. 56, inc. 2º, ley 12, para la duración de la investigación penal preparatoria.

2. El señor fiscal general adjunto (a cargo de la Fiscalía General), al contestar la vista que le fuera conferida, solicitó al Tribunal que rechazara la queja deducida porque la recurrente no logró demostrar que el recurso denegado hubiera sido interpuesto contra una sentencia definitiva, o equiparable a tal (fs. 91/92 vta.).

3. Sustanciado el recurso, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. Sin embargo, posteriormente, el defensor de Carballo presentó un escrito en el que manifestó a) que el 22/2/2006, día de la segunda jornada de la audiencia de juicio en la causa, recayó sentencia absolutoria, la que devino firme (fs. 97); y b) que con fecha 1/3/2006 se concedió a su defendido el

beneficio de litigar sin gastos. A consecuencia de esa presentación, se solicitó al Juzgado la remisión de una certificación del estado de la causa, la que fue recibida en el Tribunal con fecha 27/3/2006 (fs. 101).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Según surge de la certificación emitida con fecha 22/3/2006, obrante a fs. 100, la sentencia absolutoria dictada en la causa en favor de Jonathan Fabián Carballo se encuentra firme. En consecuencia, los planteos formulados por la defensa en su recurso de queja han devenido abstractos y se ha tornado inoficioso un pronunciamiento del Tribunal al respecto.

Por ello, la presente queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como lo expone el voto del señor juez de trámite, la cuestión debatida en el recurso a estudio de este Tribunal devino manifiestamente abstracta. En efecto, puesto que la sentencia absolutoria dictada en favor del Sr. Carballo se encuentra firme (conf. certificación incorporada a fs. 100), carece de sentido analizar recurso alguno deducido por él o a su favor en el marco de este proceso. Por ello, sólo corresponde ordenar el archivo de estas actuaciones en el tribunal de origen, dado que no se verifica decisión alguna sobre el planteo propuesto en el recurso de queja intentado a fs. 65/87 vta.

La cuestión (rechazo de la queja o archivo de las actuaciones) no carece totalmente de interés práctico, dada la posibilidad de exigir el depósito de la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Vista la certificación de fs. 100, corresponde el archivo de las actuaciones.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 65/87 vta., en razón de haber devenido abstracta la cuestión articulada.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva esta queja a la sala de apelaciones de origen.

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

LXIII

“FERNÁNDEZ, MARCELO FERNANDO
C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.
Exceso de jurisdicción en perjuicio de la parte recurrente.
Principio de congruencia. Prohibición de *reformatio in peius*.
Revocación de la licencia profesional para conducir.
Antecedentes penales. Interpretación de la norma. Razonabilidad

Expte. n° 4309/05 - 19/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Marcelo F. Fernández planteó una demanda de amparo para que se ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias la renovación de la licencia profesional de conducir clase D, subclase 2. Expresó que mediante la disposición 890-DGEVYL/04 se le denegó su pedido en atención a sus antecedentes penales. Consideró que la decisión de la autoridad administrativa vulneró sus derechos constitucionales a trabajar, a ejercer industria lícita, de defensa y al debido proceso. También planteó que el acto cuestionado lesionó la prohibición de doble punición. Cuestionó, además, la constitucionalidad del art. 20, de la ley 24.449, del dec. 331/04 y del art. 20, inc. 6°, del dec. regl. 779/95 (fs. 1/12).

La Procuración General solicitó que se rechace la acción pues el dec. 331-GCBA/04, al reglamentar la materia, vedó la concesión de licencias clase D —en cualquiera de sus subclases— a quienes registren antecedentes penales por la comisión de alguno de los delitos que en el decreto se mencionan. Expuso que el actor fue condenado por la comisión del delito de amenazas coactivas y que el decreto restringe la concesión de licencias de esa clase a quienes registren antecedentes en “delitos contra la libertad individual”. Rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la reglamentación (fs. 50/60).

El juez de primera instancia admitió el planteo de nulidad de la disposición 890 y ordenó otorgar la licencia profesional clase D, subclase 2, al actor si cumple con los demás requisitos reglamentarios. Por la forma en que resolvió la cuestión, consideró insustancial el planteo de inconstitucionalidad efectuado por el actor. Las costas las impuso a la parte demandada (fs. 139/141 vta.).

2. La Procuración General apeló la sentencia básicamente porque, según los agravios que ella formuló, la interpretación que el *a quo* efectuó del

dec. 331-GCBA/04 prescindió de su texto expreso y lo desvirtuó. Los agravios de la demandada (fs. 151/154) fueron los siguientes:

- a) El juez de grado se apartó del texto expreso de la norma. La recurrente señaló que el art. 1º del dec. 331/04 es bastante claro al establecer que la Administración “debe denegar[se] la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo *otro* delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público” (destacado por la recurrente al transcribir la norma, fs. 151 vta.). Afirma que el juez al desconocer la conjunción que une ambas partes del artículo y el adjetivo *otro* que se añade a “delito” desvirtúa la norma y no la aplica en el caso concreto;
- b) Al interpretar la norma como lo hizo el *a quo* asumió una función legislativa;
- c) La interpretación del *a quo* desvirtúa los considerandos del decreto, pues la intención del Poder Ejecutivo surge clara cuando expresa que se denegará la licencia en todos los casos enumerados en el art. 1º de la norma, y no únicamente cuando éstos sean cometidos con un vehículo afectado al servicio de transporte público, como lo interpreta el juez de primera instancia;
- d) El delito de amenazas por el que fue condenado el actor “está comprendido *entre* los previstos en el dec. 331-GCBA/04, toda vez que constituye uno de los delitos contra la libertad individual (Libro II, Título V, Capítulo I, del Código Penal) y que el registro de estos antecedentes ante el Registro Nacional de Reincidencias no ha caducado” (destacado en el original, fs. 153).

A fs. 158/163 vta. la parte actora contestó el recurso:

- a) Efectuó consideraciones referidas a la inconstitucionalidad del dec. 331/GCBA/04 “porque establece una sanción de naturaleza penal” que debería ser establecida por ley (art. 18, C.N.);
- b) También cuestionó la constitucionalidad del art. 20 de la ley 24.449 que delega en la reglamentación establecer qué antecedentes penales obstan a la obtención de la licencia porque afectaría el principio de legalidad sancionadora, ya que la prohibición es posterior a los hechos por los que fue condenado el actor (art. 18, C.N.), y porque implica una delegación prohibida por el art. 76, C.N.;
- c) Planteó la inconstitucionalidad del art. 20, inc. 6º, del dec. 779/95 (PEN) reglamentario de esa ley porque subdelega en las jurisdicciones locales establecer los antecedentes que autorizan a denegar las

licencias profesionales, y porque la competencia legislativa local para regular esta materia no es delegable (art. 84, CCBA).

Con base en tales razones solicitó el rechazo del recurso de la parte accionada.

3. La Sala II de la Cámara declaró “la nulidad absoluta e insanable del dec. 331-GCBA/04 y, en consecuencia, de la disposición 890-DGEVYL/04, que denegara la licencia solicitada” ya que “el señor jefe de Gobierno resulta incompetente para dictar normas como la aquí analizada, es decir, normas que restringen derechos individuales constitucionalmente consagrados” (considerando 9 del voto de la mayoría, fs. 174 vta.). La alzada estableció que la ilegalidad del dec. 331/04 no se funda exclusivamente en la incompetencia del órgano del cual emana sino también en que su contenido afecta el art. 13, inc. 9º, CCBA, que veda el dictado de cualquier norma “que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor...”. Sin perjuicio de ello, la Sala indicó que no declara la inconstitucionalidad de esa norma “en tanto se impone en primer término la incompetencia fundada en el considerando anterior” (fs. 177 vta.).

4. La Procuración General planteó contra la sentencia el recurso de inconstitucionalidad (fs. 188/198 vta.), que, previo traslado, fue concedido por la Sala “toda vez que (...) se debaten cuestiones relativas a la constitucionalidad del dec. 331-GCBA/04 y que la solución adoptada por el tribunal ha sido contraria a la posición de la demandada y ha resuelto la incompetencia del señor jefe de Gobierno, declarando la nulidad absoluta e insanable de la normativa aludida” (fs. 213).

El señor fiscal general adjunto propone, en su dictamen ante este Tribunal, que se “admita el recurso de inconstitucionalidad incoado, declarando la nulidad de la sentencia atacada y remita las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento...” (fs. 223 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. El recurso de inconstitucionalidad.

1. Marcelo Fernando Fernández requirió, tanto en el objeto como en el petitorio de su demanda, que se ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA *que le otorgue la licencia profesional para conducir* (fs. 1 y 12, respectivamente). Aunque en los fundamentos de su escrito planteó: *a)* la irrazonabilidad de la ley 24.449 y del art. 20 de su dec. regl. (779/95), *b)* la exigencia de aplicación de los principios del derecho penal en materia de faltas y contravenciones y, por extensión, al ejercicio del poder de policía estatal, *c)* la prohibición del principio de doble punición por el mismo

hecho, *d*) la inconstitucionalidad del dec. 331/04 “porque establece una sanción de naturaleza penal”, del art. 20 de la ley 24.449 por delegar en el Poder Ejecutivo establecer la relevancia de los antecedentes penales, del art. 20, inc. 6º, del dec. 779/95 por efectuar una subdelegación de las atribuciones delegadas, etcétera; lo cierto es que la demanda no incluyó “la petición en términos claros y positivos” (tal como lo exige el art. 269, inc. 8º, CCAyT) de la declaración de nulidad o de inconstitucionalidad de ninguna disposición legal o reglamentaria. El actor requirió al tribunal sólo una *condena a hacer*: que el Gobierno le otorgue la licencia de conductor profesional.

El juez de primera instancia dictó una decisión favorable al actor. A partir de una interpretación de las reglas jurídicas involucradas que le permitía garantizar el derecho del actor sin descalificar las normas cuestionadas, concluyó en que resultaba “insustancial” ponderar los planteos de inconstitucionalidad de esas reglas. Le bastó con efectuar una interpretación conciliadora de reglas y derechos para justificar su decisión de acoger la pretensión condenatoria.

En tanto el juez de primera instancia no descalificó —por inconstitucional— el dec. 331/04, la Procuración General no tuvo agravios en ese sentido. Por ende, el recurso de la Procuración General cuestionó la *declaración de nulidad de la disposición 890-DGEVYL/04* efectuada por el *a quo* y su interpretación del decreto mencionado, pero no abrió el debate ante el tribunal de alzada sobre la validez o invalidez, o sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad, del dec. 331-GCBA/04.

La parte actora, vencedora en cuanto a la pretensión esgrimida (que, recuerdo, exigía una condena a hacer), en su contestación del recurso no respondió los agravios de la demandada —que versaban sobre la *interpretación* de la norma y no sobre su *validez*— sino que reiteró sus razones referidas a la inconstitucionalidad de las normas.

En suma: la única parte recurrente no requirió a la Cámara un pronunciamiento sobre la validez constitucional del dec. 331/04 sino, sobre el alcance de sus reglas.

2. Tras estas precisiones, es dable advertir con claridad que los fundamentos de la decisión de la Cámara al conceder el recurso de inconstitucionalidad evidencian el error en que ella incurrió.

Al expresar que *se debaten cuestiones relativas a la constitucionalidad del dec. 331/GCBA/04* perdió de vista: *a*) que una decisión sobre la constitucionalidad o validez del decreto no formaba parte de la pretensión esgrimida por el actor en la demanda, *b*) que la sentencia de primera instancia no decidió esa cuestión, *c*) que tampoco se requirió a la alzada, en la expresión de agravios de la única parte recurrente, que resolviera ese punto.

En efecto, como lo anticipé, la Procuración General (única parte recurrente) se agravio por la *declaración de nulidad de la disposición 890-DGEVYL/04*,

pero no abrió el debate ante el tribunal de alzada sobre la validez o invalidez o sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dec. 331-GCBA/04.

Por lo demás, la parte actora no articuló ante la Cámara su defensa de inconstitucionalidad de las normas como argumentos supletorios a ser considerados sólo en caso de que la alzada admitiese el planteo interpretativo efectuado por la demandada (tendiente a otorgar el más amplio alcance a una norma que consideró válida).

3. La incorporación de oficio por la Cámara de la consideración sobre la constitucionalidad del dec. 331/GCBA/04 conlleva un exceso de jurisdicción pues se expidió, agravando la situación de la parte recurrente, sobre una cuestión que no fue propuesta a su decisión por ella (ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, pp. 693 a 695). La sentencia que debía adoptar la alzada estaba determinada por los agravios que la demanda expuso en su memorial referidos a la nulidad que dispuso el juez de la instancia anterior del acto administrativo de alcance individual denominado “disposición 890-DGEVYL/04”.

No dejó de tener en cuenta que el tribunal *ad quem* “se halla facultado para considerar, en la eventualidad de revocar la sentencia, acogiendo la procedencia de los agravios expresados por el perdedor de la instancia originaria y único apelante, las cuestiones, razones y argumentos que, incorporados correctamente a la litis (relación procesal), fueron sin embargo rechazados u omitidos examinar en el pronunciamiento de primera instancia” (MORELLO-SOSA-BERIZONCE: *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. III, p. 98, LEP-Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires), pero en esa actividad la Cámara “no puede empeorar la situación del apelante” (ídem).

La contestación del memorial de agravios por la parte actora no permite que la alzada amplíe, en perjuicio de la parte recurrente, el alcance de su competencia que se encuentra limitada a decidir los agravios del apelante.

No podría invocarse para justificar lo decidido por la alzada que en el proceso de amparo —art. 14, CCBA— se permite la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma (en el caso: el reglamento) en que se funda el acto cuestionado, por dos razones: *a*) porque esa declaración no era necesaria para tutelar el derecho constitucional invocado por el actor, *b*) porque la Cámara no dispuso la inconstitucionalidad del reglamento, sino su nulidad (con las diferentes implicancias de una y otra decisión).

4. De tal forma, la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones no ha respetado el principio de congruencia, que en la instancia de apelación se resume con el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*. Además, y como necesaria implicación de su decisión, la alzada tampoco preservó la vigencia del principio dispositivo que se expresa en la prohibición de la *reformatio in peius*.

Es que, también en la apelación, el principio de congruencia limita el ámbito decisorio en el que los jueces pueden intervenir válidamente. En palabras de Piero Calamandrei, “el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura” (“Apuntes sobre la *reformatio in peius*”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 301).

Ambas lesiones transgreden los requisitos constitucionales para la validez de la decisión plasmados en las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio —legalmente desarrollados en los arts. 145, inc. 7º, y 147, CCaYT que establecen los recaudos que deben cumplir las sentencias de mérito.

5. Por esas razones, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y dejar sin efecto el fallo recurrido.

6. Ahora bien, aunque el señor fiscal general adjunto propone que se reenvíe el proceso a la alzada para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, de acuerdo con lo establecido por el art. 31, párr. 2º, de la ley 402, y en tanto el estado de autos así lo permite y aconseja, corresponde que el Tribunal resuelva los agravios de la Procuración General contra el fallo de primera instancia.

II. El recurso de apelación de la Procuración General de la Ciudad.

7. El art. 1º del dec. 331/04, regla jurídica en que se fundó la disposición administrativa cuestionada, establece que “Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), *delitos contra la libertad individual* (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y *todo otro delito* que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público” (el destacado ha sido añadido).

Para desentrañar el sentido de esta disposición no cabe sólo atenerse a la expresión literal del texto. Es imprescindible tener presentes los elementos históricos, sistemáticos y sociales que tienen incidencia en la determinación del sentido y alcance de la regla. De este modo, para interpretar una norma como la que nos ocupa, debe rastrearse el espíritu de la misma, en procura de una aplicación racional y valiosa que averse el riesgo de un formalismo paralizante, como así también el propósito que se tuvo en cuenta para su dictado, al que se debe dar pleno efecto en armonía con la Constitución y el resto del orden jurídico (conf. doctrina de *Fallos*, 314: 1018, 1445, entre otros).

Ya he tenido oportunidad de expresar que “(l)a interpretación seguirá siendo siempre la actividad dirigida a desentrañar el significado y alcance de las normas jurídicas —ya sea en abstracto, como se realiza en una obra puramente doctrinal, o en concreto—, constituyendo una fase del proceso aplicativo de los preceptos (...). Claro está que en los casos concretos ocurientes dicha hermenéutica se verá marcadamente signada por los hechos, tal cual han acaecido efectivamente —sin perjuicio de que deban ser objeto de *calificación*—. Siendo ello así, difícilmente pueda pregonarse de antemano que existan, para cualquier supuesto, desde el punto de vista lógico-formal, categorías puras, precisamente delineadas, con fronteras nítidas y límites precisos, en las cuales, silogísticamente, puedan volcarse *a posteriori* en términos de subsunción, todos y cada uno de los hechos (...) que en la fecunda realidad puedan acaecer, más allá de su tipicidad o atipicidad, proximidad o lejanía con las definiciones concretas propuestas (...)” por una reglamentación al diseñar en abstracto las hipótesis en las cuales el precepto tendrá incidencia [conf. mi “Estudio Preliminar”, punto 2: “La interpretación dentro del fenómeno más general de la aplicación del derecho. Calificación y subsunción de los hechos en las previsiones de las normas”, en: *Interpretación económica de las normas tributarias* (obra colectiva que coordiné), Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, pp. 27 y ss., en especial p. 38 —corresponde aclarar que si bien la obra aborda la cuestión de la interpretación de las normas jurídicas en el campo del *derecho tributario*, las puntuales reflexiones transcritas se efectúan desde una perspectiva general que bien puede ser referida al caso concreto que, obvio es decirlo, nada tiene que ver con cuestiones de índole fiscal].

8. Literalmente podría afirmarse, como lo hace la Procuración General de la Ciudad que, en lo que interesa al caso, se debe denegar la licencia tanto a quienes registran antecedentes por delitos contra la libertad como a quienes los tienen por la comisión de otros delitos (distintos de los enumerados en el precepto) utilizando un vehículo afectado a un servicio público. Pero las palabras del decreto no están escritas en el vacío ni pueden interpretarse aisladas de una realidad que se sitúa entre diversas coordenadas: por una lado, la Constitución que expresa un catálogo (no exhaustivo) de derechos que remite, además, al ordenamiento jurídico nacional e internacional de tutela de la persona humana; por otro, una concepción antropológica (es decir: una idea de lo que los hombres son y de cómo deben ser tratados por los órganos del poder); también por las condiciones sociales, económicas y culturales que son las circunstancias en las que las personas actúan y la actividad estatal se desarrolla, circunstancias que son axiológicamente relevantes para decidir el sentido y alcance que cabe asignar a los actos normativos.

Coordenadas que pueden o no considerarse atendidas suficientemente cuando se decide la aplicación literal de la ley al caso, literalidad que oculta

la necesaria ponderación ya efectuada de los restantes aspectos involucrados. Si la respuesta es negativa, si la gramática descuida aspectos constitucionales, sociales, sistémicos, etcétera, la apertura del espacio para la construcción de *otro* sentido del texto es no sólo una opción legítima del magistrado sino, también, su deber. Al parecer, tal es la tarea que emprendió el juez de grado.

Desde esta perspectiva, la lectura del caso que propone el magistrado de primera instancia se encuentra en armonía con el criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido inveteradamente conforme al cual en la interpretación de las normas debe siempre preferirse aquella que mejor se adecue a los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, de manera que solamente se acepte una lectura pasible de reservas de tal índole, cuando el precepto sea palmariamente incompatible con la Ley Fundamental y no resulte lealmente susceptible de otra interpretación armónica con tal Estatuto Supremo (doctrina de *Fallos*, 314: 1849; 315:1169 y 318:630, entre otros).

Recuerda Cueto Rúa que el juez Cardozo, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en su obra *La naturaleza del proceso judicial* reflexiona que el juez, al aplicar el derecho, obedece a un criterio lógico “pero, agrega, acude a la lógica si la lógica le lleva a la justicia, si ella le permite decidir bien el caso (...) El juez desarrolla los principios, y los sigue mientras lo llevan con mano segura a sentencias razonables. Pero nunca los sigue indefinidamente, porque hay un momento en que la lógica da frutos lógicos pero no da frutos justos. Cuando llega a este punto el juez se para” (CUETO RÚA, Julio C.: “La jurisprudencia sociológica norteamericana”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, nº 1, Año 1981, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 70).

Tampoco ahora la gramática y la lógica son herramientas suficientes para otorgar a la regla un sentido que, de acuerdo con las circunstancias del caso, se ajuste a las pautas de respeto a los derechos fundamentales que prevé nuestra Constitución.

Es que no puede pasar inadvertido, como lo señalara nuestro máximo tribunal Federal en la causa: “Claudia Graciela Saguir y Dib” (*Fallos*, 302:1284), que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de todo fallo, ya que son éstas uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma, desde que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la *ratio legis* o del espíritu de la norma.

9. El actor fue condenado el 13 de diciembre de 2002 a la pena de dos años de prisión en suspenso por ser autor del delito de daño, desobediencia reiterada en dos oportunidades, lesiones leves reiteradas en cinco oportunidades, amenazas coactivas reiteradas en tres oportunidades y amenazas simples,

todo ello en concurso real (fs. 24). Su ocupación ya era “chofer de taxímetro” según consta a fs. 25. La condena no estableció “prohibición alguna para conducir vehículos automotores” (fs. 73). Los hechos que motivaron la condena datan de los años 1998, 1999 y 2000 según surge de la sentencia agregada al expediente (fs. 77/81) y no se vinculan con su desempeño como chofer de taxis sino que tienen su origen en el violento desenlace que imprimió el actor a conflictos con una ex novia suya (ídem). No obstante ello, constando ya su condena, el Gobierno local le concedió la licencia para conductores profesionales, al punto tal que el rechazo aparece frente a un pedido de renovación de esa licencia. La demandada no ha expresado que existan denuncias de ninguna índole (penales o administrativas) que involucren al actor en la comisión de actos ilícitos durante los períodos en que contó con esa licencia.

10. La aplicación literal y sin matizaciones de la regla del art. 1° del dec. 331/04 que tenga en cuenta, por ejemplo, la función disyuntiva de la conjunción copulativa “y” utilizada en la expresión normativa pierde de vista que el decreto fue dictado en ejercicio del poder de policía local para garantizar la seguridad de los pasajeros que hacen uso del servicio de transporte público. En el caso, el GCBA no ha demostrado que esa finalidad se vea transgredida ni puesta en riesgo por la concesión de la licencia peticionada por Fernández quien, si bien hace ya más de cinco años pudo desapegarse de la reglas penales para resolver un conflicto personal afectivo, no ha dado muestras en todos estos años de comprometer la seguridad de sus pasajeros o de los vecinos en general.

Una visión sesgada de la norma, que sólo exalte sus aspectos gramaticales, deja de considerar que la finalidad constitucional —la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte público— que posibilita el ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo —en un área de concurrencia normativa con la Legislatura— no se cumple cuando quien queda abarcado en la restricción no ha dado razones para ser limitado en el ejercicio de su derecho a trabajar (condicionado en el caso, además, por las especiales circunstancias aludidas en el párrafo anterior vinculadas con la regulación del servicio de transporte público de pasajeros).

De allí que, en mi concepto, la interpretación del juez de primera instancia logra conciliar los valores individuales y sociales comprometidos en la decisión, al ponderar la inconveniencia de una interpretación exegética sometida devocionalmente al texto del decreto y al propiciar una consideración funcional y teleológica de la prohibición, cuando todo ello es puesto en la balanza para administrar justicia y decidir el sentido de una restricción. Así, la sentencia resultante no puede ser descalificada ni reprocharse al juez que haya usurpado la función del legislador.

11. Por las razones expuestas, voto por dejar sin efecto el fallo recurrido y decidir en los mismos términos que el pronunciamiento de primera instan-

cia, en tanto declaró la nulidad de la disposición 890-DGEVYL/04 que denegó al actor la licencia profesional solicitada y ordenó propiciar su otorgamiento previa comprobación del cumplimiento de los restantes requisitos.

Las costas de la alzada y del presente recurso se imponen por el orden causado, por cuanto la recurrente pudo, razonablemente, considerarse con derecho a recurrir y en atención a cómo aquí se decide.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso cumple con las condiciones básicas de admisibilidad porque, además de haber sido interpuesto por escrito dentro del plazo legal y ante el tribunal superior de la causa, está dirigido contra una decisión de carácter definitivo, no discute los hechos acreditados en el expediente y plantea un caso constitucional vinculado con la distribución de competencias entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo de la Ciudad.

La existencia de una cuestión constitucional, en los términos del art. 27, ley 402 fue planteado en la demanda y cobró entidad con la decisión de segunda instancia que declaró de oficio la nulidad absoluta e insanable del dec. 331/04.

Los camaristas que dictaron la sentencia atacada sostuvieron que el Poder Ejecutivo local es incompetente en razón de la materia, para dictar una norma con los alcances del dec. 331/04. El recurso en análisis, frente a esa decisión, defiende la validez de esa norma con apoyo en disposiciones de la CCBA, por lo que el recurso de inconstitucionalidad (fs. 188/98 vta.) fue bien concedido.

2. En primer lugar, tal como lo menciona el juez de trámite, el actor interpuso amparo a fin de lograr que el GCBA le otorgara una licencia profesional para conducir, y en este punto subrayo que todos los jueces intervinientes entendieron que ese era el objeto de la pretensión.

En segundo lugar, la Cámara al resolver el recurso de apelación (en el que el GCBA planteó su crítica a la interpretación que el juez de primera instancia había realizado respecto del dec. 331/04) optó por declarar la nulidad absoluta e insanable de la norma que había fundado la disposición administrativa denegatoria de la licencia y, en consecuencia, ordenaron dar curso a la solicitud del amparista.

Es oportuno advertir que el Gobierno al apelar no requirió, como es obvio, declaración de nulidad alguna. Por otro lado, la pretensión del actor había sido suficientemente satisfecha con el pronunciamiento del juez de primera instancia, que se limitó a “declarar la nulidad de la disposición 890-DGEVYL/04 y toda otra decisión que deniegue al actor la licencia de conductor profesional solicitada con fundamento en sus antecedentes penales” (fs. 141 vta. del principal). De aquí que aun cuando pudiera discutirse si el jefe de Gobierno es competente para dictar una norma con el contenido del dec. 331/04 —en cuyo marco, incluso, se podría afirmar que estamos frente a

un supuesto de facultades concurrentes entre el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo—, lo cierto es que, en este caso particular, el conflicto podía ser resuelto a favor de la parte actora sin necesidad de poner en crisis la constitucionalidad del decreto mencionado.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es, siempre, una herramienta extrema a la que, consecuentemente, los jueces sólo recurren cuando no tienen a disposición otros caminos para dictar sentencia en el sentido que lo consideran adecuado.

Estos argumentos, de por sí, son suficientes para revocar la decisión impugnada por el GCBA.

3. Ahora bien, coincido con el juez José O. Casás en que corresponde al Tribunal dictar sentencia sobre el fondo del asunto.

Al respecto, comparto la solución propuesta por el juez de trámite en los puntos 9 y 10 de su voto, porque resguarda razonablemente los derechos constitucionales en juego.

Por lo expuesto, voto por dejar sin efecto el fallo recurrido y decidir en los mismos términos que lo hiciera el juez de primera instancia.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, el Dr. José O. Casás, en cuanto él dispone hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Procuración General, dejar sin efecto la sentencia recurrida y resolver sobre el fondo del asunto.

En el fallo impugnado, la alzada declaró, por mayoría, “la nulidad absoluta e insanable del dec. 331-GCBA/04 y, en consecuencia, de la disposición 890-DGEVYL/04”, por la que se denegó al actor la renovación de la licencia profesional de conducir clase D, subclase 2, en atención a los antecedentes penales que reseña el juez de trámite en el apartado II.9 de su voto. La Cámara fundó la declaración de nulidad del decreto mencionado en la incompetencia de su órgano emisor (el Poder Ejecutivo local) y en su contenido, que reputó lesivo del art. 13, inc. 9º, CCBA, por el que se erradica de la legislación de la Ciudad y se prohíbe establecer en el futuro cualquier norma “que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito [y] cualquier manifestación de derecho penal de autor...”. Dada la índole de las cuestiones debatidas, la Cámara concedió, correctamente a mi juicio, el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA a fs. 188/198 vta.

2. El objeto de la acción de amparo interpuesta por el Sr. Fernández se circunscribió a solicitar a la DGEVYL del GCBA la renovación de su licencia profesional para conducir y así lo entendió el juez de grado, al pronunciarse por la inconstitucionalidad de la disposición atacada y, en consecuencia, ordenar el otorgamiento de la licencia profesional requerida en tanto el actor cumpliera los restantes recaudos legales vigentes al efecto. Asimismo, el magistrado de primera instancia sostuvo que la interpretación bajo la cual se resolvía la cuestión planteada tornaba insustancial el planteo de inconstitucionalidad del

dec. 331/04 que sustentó la disposición administrativa denegatoria de la solicitud de renovación de la licencia. Dado que este pronunciamiento satisfizo plenamente la pretensión del amparista que, como se desprende del escrito de la acción interpuesta (fs. 1/12), se tradujo en el requerimiento al tribunal de un *mandato a hacer* (conf. el voto del Dr. Casás, apartado I.1), y frente a la inexistencia de un planteo de inconstitucionalidad, nulidad o ilegalidad de norma alguna por la única parte recurrente en esta controversia, comparto la conclusión a que arriba el señor juez de trámite en punto al exceso de jurisdicción en que incurrió la Sala II de la Cámara al declarar la nulidad del dec. 331/04. En efecto, la interpretación de las normas en juego ofrecida por el juez de grado es superior, en términos de elegibilidad hermenéutica, a aquella expuesta por la alzada, dado que la primera satisface (plenamente) la pretensión del amparista, sin necesidad alguna de cuestionar la validez de una norma que, en el caso bajo análisis, no impone óbices insuperables a la solución legítima de su reclamo. Por las razones expuestas, resuelvo revocar la decisión impugnada por el GCBA.

3. Por último, comparto el criterio del juez de trámite en punto a la conveniencia de fallar acerca del fondo del asunto, en los términos en que la ley 402 habilita al TSJ a hacerlo toda vez que se revoque la sentencia apelada y la resolución de fondo sea posible (art. 31, párr. 2º). En tal sentido, y sin que mi decisión implique anticipar juicio alguno respecto de las consideraciones expuestas por la Cámara en sustento de la declaración de nulidad del dec. 331/04, voto por dejar sin efecto la sentencia recurrida y decidir en los mismos términos en que lo hiciera el pronunciamiento de primera instancia, criterio que fundo en razones expuestas en votos anteriores (conf., especialmente, “Vera, Miguel Ángel c/GCBA [Dirección General de Tránsito] s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1427/02, resolución del 2/5/2002) que, en este caso, son compatibles, en términos generales, con los argumentos articulados por el señor juez de trámite en el punto 9 y en el último párrafo del punto 10, apartado II, de su meditado voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Comparto los fundamentos del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz en cuanto afirma que el recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido. En efecto, la resolución que se impugna (fs. 170/184vta) es una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa que ha declarado la inconstitucionalidad de una norma —el dec. 331/04— (conf. art. 27 ley 402).

2. Asimismo, comparto las consideraciones hechas por el señor juez de trámite, el Dr. José O. Casás, en los puntos 9 y 10 de su voto, en cuanto a la correcta interpretación del dec. 331/04. Ello, en ejercicio de las facultades que confiere el art. 31 de la ley 402 a este Tribunal (conf. punto 2 de 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. Tales consideraciones tornan inoficioso expedirse acerca de la cuestión constitucional descripta en el punto 1.

3. En base a tales fundamentos, voto por revocar la sentencia de fs. 170/184 vta. en cuanto declara la nulidad del dec. 331/04, y confirmarla en cuanto ordenó otorgar al actor la licencia solicitada, previa comprobación del cumplimiento de los restantes requisitos legales vigentes al efecto. Sin costas (art. 62, CCAyT, párr. 2°).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Procuración General de la Ciudad a fs. 188/198 vta., *dejar sin efecto* el fallo recurrido y *confirmar* la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la disposición 890-DGEVYL/04 y ordenó otorgar al Sr. Marcelo Fernando Fernández la licencia profesional solicitada, previa comprobación del cumplimiento de los restantes requisitos legales.

2°. *Imponer* las costas de la alzada y del recurso de inconstitucionalidad por el orden causado.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva al tribunal remitente.

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

Fdo.: Julio B. J. Maier - José O. Casás - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.

LXIV

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘INCIDENTE DE EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN
EN AUTOS: PETRACONA, MIGUEL ÁNGEL S/INF. ART. 189 BIS,
PÁRR. 3º, C.P. —APELACIÓN”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Sentencia definitiva. Materia contravencional. Perjuicio de imposible reparación ulterior. Cuestión federal. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Expte. nº 4169/05 - 19/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 99/117 vta.) contra la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 22/2/2006 que dispuso rechazar el recurso de queja de fs. 55/69.

El recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal con base, sintéticamente, en que la sentencia en cuestión afecta por arbitraria la garantía de defensa en juicio, en tanto vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio de división de poderes, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna y, en consecuencia, el principio de legalidad (art. 1º y 18, C.N.; arts. 7.5, 8.1 y 9º, CADH y art. 14.3.c y 15.1, PIDCP, en virtud del art. 75, inc. 22, C.N.).

2. El fiscal general adjunto solicitó que se declare inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto. A su criterio, la sentencia impugnada no es definitiva ni puede ser equiparada a tal, y tampoco se ha planteado en el caso una cuestión federal —art. 14, ley 48— (fs. 120/123 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La presentación de fs. 99/117 vta. cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, el recurso interpuesto no puede prosperar.

2. Como lo expresé en el pronunciamiento recurrido, la decisión judicial que se intenta impugnar no constituye una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior (véase mi voto a fs. 88/90).

La sentencia cuestionada tampoco es definitiva, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal. En efecto, en su inveterada jurisprudencia el Tribunal cimero ha sostenido que “(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio” (*Fallos*, 303:633, entre otros). Además, en particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

3. Finalmente, en torno a la alegada vulneración de los principios de retroactividad de la ley penal más benigna y de legalidad, corresponde reiterar lo que sostuve al resolver sobre la procedencia del recurso de queja oportunamente interpuesto por la defensa, pues el defensor general pretende presentar ante la CSJN discrepancias acerca de la manera en que los jueces de la causa interpretaron una norma procesal local, materia ajena, por regla, al control extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48.

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 120/123 vta.), corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por la defensa de Miguel Ángel Petracona.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal deducido a fs. 99/117 vta. cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por la legislación aplicable (esto es: fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal superior de la causa), él no resulta admisible, puesto que no se dirige contra una sentencia *definitiva* que habilite la competencia apelada de la CSJN (conf. art. 14, I, ley 48). Al pronunciarme sobre el recurso de queja deducido ante este Tribunal por la defensa del Sr. Petracona, me remití a una sentencia anterior (conf. “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/infracción art. 189 bis, párr. 3°, del CPN’”, expte. n° 4170/05, resolución del 10/2/2006) en la cual había expuesto con detalle los fundamentos que me imponían concluir acerca de la inexistencia, en el caso, de una sentencia de mérito final sobre la imputación que sustenta el proceso bajo análisis. Aquellos argumentos, a los que me remito, permanecen incólumes en esta nueva instancia recursiva propiciada por el defensor general. En consecuencia, ésta es la razón básica por la cual considero que el recurso intentado no puede prosperar.

2. Las circunstancias que describo en el apartado precedente tornan inoficioso todo pronunciamiento sobre la posible existencia de una cuestión federal con relación a la alegada lesión al derecho del Sr. Petracona a ser juzgado en un plazo razonable. De la misma manera, tampoco considero necesario analizar la procedencia de los restantes agravios desarrollados por el recurrente en su escrito de fs. 99/117 vta.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 99/117 es admisible por ser deducido contra una resolución (del

22/2/2006), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

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

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

Entiendo que en el caso, tanto el carácter de equiparable a definitiva de la decisión recurrida cuanto la existencia de cuestión federal en la violación denunciada en la presentación que aquí se considera, fueron advertidos en los fundamentos que desarrollé al momento de emitir mi voto en el recurso de inconstitucionalidad, oportunidad en que sostuve:

“...En primer lugar hay que decidir si [el recurso de inconstitucionalidad] fue interpuesto contra una sentencia equiparable a una definitiva. Tal como desarrollaré más adelante, de tener razón la postura defensiva, el vencimiento del plazo implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal, y como consecuencia otorga derecho inmediato a no ser sometido a proceso.

5. En segundo lugar corresponde evaluar si los agravios planteados son efectivamente de índole constitucional.

La defensa afirma que la interpretación dada por la Cámara al art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) vulnera los principios de legalidad, de razonabilidad de los actos de los poderes públicos y de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, las garantías de defensa en juicio y del debido proceso legal y, asimismo, el derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable y a obtener una pronta conclusión del proceso penal (arts. 1º, 18, 28 y 75 inc. 22, C.N.; arts. 1º, 10 y 13, CCBA; y arts. 8.1 y 89 de la CADH, y 14.3.c y 15 del PIDCP).

6. La norma cuya interpretación se discute establece que ‘[l]a investigación penal preparatoria no puede exceder el plazo de dos (2) meses para su conclusión, a contar desde la declaración o la detención del imputado. El fiscal puede solicitar motivadamente la prórroga del plazo al juez, el que nunca excederá de cuatro (4) meses, cuando las particularidades del caso así lo impusieren. Transcurrido el plazo máximo corresponde el archivo de las actuaciones. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente dicho plazo’.

7. La Cámara declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa en virtud de la negativa del juez de primera instancia de archivar las actuaciones por transcurso del plazo estipulado en la norma citada, en virtud de los siguientes fundamentos: ‘la consecuencia jurídica del vencimiento del plazo no puede interpretarse a modo de regla general de aplicación automática... el plazo constituirá un parámetro de razonabilidad... [y] corresponderá al recurrente invocar y demostrar que el tiempo que ha insumido el proceso responde a una irregularidad que se manifiesta con una prolongación injustificada del proceso’ (fs. 15 y vta.).

8. El modo en el que la Cámara interpretó el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) desconoce los principios constitucionales que rigen en materia penal.

El mandato contenido en la norma, tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tal como ocurre por ejemplo en el caso de la prescripción, el simple transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria. De allí que la defensa no tenga ningún perjuicio que demostrar salvo el cumplimiento del plazo estipulado por la norma.

Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis aceptáramos la postura de la Cámara en el punto, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —obvia consecuencia del principio de legalidad material— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo con el argumento, en este caso insostenible, de la razonabilidad. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del Poder Legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado.

Más aún, no puede tampoco aceptarse la introducción de argumentos de política criminal como los argüidos por los señores camaristas al afirmar: ‘Piénsese en la irrazonabilidad de acoger favorablemente la petición para las causas venidas de extraña jurisdicción en donde en la mayoría de los casos se encontrarían holgadamente superados los plazos de la etapa preliminar aquí

estipulados, de modo que sin más correspondería el archivo de las actuaciones lo que constituye un absurdo jurídico' (fs. 16).

Dicha línea argumental no sólo es *contra legem*, sino que además parece propiciar la violación de la garantía de igualdad de trato entre quienes fueron imputados antes de la vigencia de la norma y quienes lo fueron con posterioridad.

9. Resta analizar si en el caso se ha cumplido con el plazo dispuesto por el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330). Esta causa tuvo su origen el día 22/4/2002 con la detención del Sr. Miguel Ángel Petracón. El 10/12/2002 el señor fiscal entonces interviniente requirió la elevación a juicio de la causa. Decretada la clausura de la instrucción (fs. 109 del expte. principal) las partes fueron citadas a juicio.

El 5/5/2004 la titular del Juzgado Correccional N° 9 de la Capital Federal decidió declinar su competencia dando inicio a un conflicto de competencia resuelto por el CSJN el día 2/12/2004.

Si bien en el transcurso de la presente causa ya se ha producido un acto jurisdiccional a los efectos de clausurar la instrucción; con posterioridad a la radicación de las actuaciones en el fuero local no se ha producido la readecuación del requerimiento de elevación a juicio tal como lo consigna la Cámara a fs. 14 vta. al afirmar: 'Al señor fiscal de la instancia, sólo le restará adecuar la formulación del requerimiento de juicio a la normativa local puesto que ésta, a diferencia de la nacional, amplía su contenido en orden al ofrecimiento de prueba y la solicitud provisoria de la pena'.

Dado que al momento de dictarse la sentencia puesta en crisis a través del recurso de inconstitucionalidad aún faltaba completar dicho acto procesal, entiendo que aún no había culminado la investigación penal preparatoria y que ante la falta de prórroga justificada, el plazo estipulado por el art. 56, inc. 2º se ha cumplido.

No dejo de advertir que la excesiva duración de este proceso se debe a problemas relacionados con el traspaso de competencias de la jurisdicción nacional a la local, sin embargo considero que las consecuencias de dichas dificultades no deben ser atribuidas al imputado".

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por el señor defensor general.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 99/117 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 96 punto 2.

La jueza Ana María Conde no suscribe esta resolución por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *Julio B. J. Maier - José O. Casás - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.*

LXV

“INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN AUTOS
‘MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS S/LEY 255 —APELACIÓN—,
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.
Extemporaneidad. Recurso de aclaratoria. Suspensión
del plazo para interponer el recurso extraordinario federal**

Expte. nº 4185/05 - 19/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Los defensores de Alfredo Luis Martínez, Néstor Lucio Masero y Jorge Ernesto Vildoza interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 355/369), uno de ellos actuando también en representación de la empresa American Data S.A., contra las sentencias de este Tribunal de fecha 19/12/2005 —que declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido oportunamente (fs. 287/291)— y de fecha 20/2/2006 —que resolvió desestimar la presentación de la defensa denominada “instancia de aclaración” (fs. 314/315).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. El recurso extraordinario federal intentado contra la sentencia de este Tribunal de fecha 19/12/2005 no puede prosperar pues es, a todas luces, ex-

temporáneo. En efecto, esa decisión fue notificada a la defensa el día 26/12/2005 (fs. 310 vta.), con lo cual los diez días hábiles contados a partir de la notificación según el art. 257, CPCCN se cumplieron el 9/2/2006 o, si se cuenta el plazo de gracia del art. 124, último párrafo, CPCCN, el 10/2/2006, dos primeras horas. Sin embargo, el recurso fue presentado ante este Tribunal un mes después de vencido dicho plazo: el 10/3/2006.

Ahora bien, el día 1/2/2006 la defensa realizó una presentación en la que bajo un aparente pedido de aclaración buscaba, en realidad, que el Tribunal se expidiera sobre una cuestión que no había sido sometida a su decisión mediante el recurso de inconstitucionalidad resuelto. De este modo, su pretensión resultaba claramente ajena a las cuestiones a las que hace referencia la regla invocada por la defensa, el art. 126, CPPN. Consecuentemente dicha presentación fue desestimada por unanimidad por este Tribunal el 20/2/2006 (fs. 314/315).

Con la invocación del art. 126, último párrafo, CPPN, la defensa intenta ahora que el plazo para interponer recurso extraordinario federal contra la sentencia de fecha 19/12/2005, notificada el 26/12/2005, sea computado a partir de la notificación de la resolución de este Tribunal de fecha 20/2/2006 que desestimó su planteo posterior, notificación que fue realizada el 23/2/2006 (fs. 316 vta.).

Sin embargo, precisamente según la letra del artículo invocado por la defensa, sólo “la instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan”. En el caso, si bien la defensa tituló a su presentación “instancia de aclaración”, ello no basta para comprenderla como tal —así fue señalado en la resolución del 20/2/2006 que la desestimó— ni, por tanto, para suspender el término para interponer el recurso extraordinario federal contra la sentencia de fecha 19/12/2005.

2. En segundo lugar, el recurso de la defensa es interpuesto también contra la sentencia de fecha 20/2/2006 de este Tribunal que desestimó su pretendida aclaratoria. Sin embargo, además de que la fundamentación del recurso extraordinario federal presentado se refiere casi exclusivamente a la sentencia del 19/12/2005, es jurisprudencia constante de la CSJN que las resoluciones posteriores a la sentencia definitiva no son, en principio, equiparables a ella y, por tanto, no son cuestionables mediante recurso extraordinario (conf., entre otros, *Fallos*, 306:1535; 307:2377; 303:639).

3. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Según lo ha expresado la propia CSJN, cuando la instancia de aclaratoria no triunfa, esto es, nada se aclara de la sentencia dictada, tal peti-

ción no suspende el plazo para interponer el recurso extraordinario federal (conf. *Fallos*, 266:52; 288:219; 307:1746 y 2061; 308:924). No sólo es esto lo que aquí sucede, de modo que el plazo para interponer el recurso extraordinario federal desde la notificación de la sentencia ha vencido con holgura, sino que, además, la llamada “instancia de aclaratoria” (fs. 311/312), como lo expuso ya el Tribunal (fs. 314/315), no tiene vínculo alguno con aquello que pretende regular el art. 126, CPPN, esto es, no se trata de una cuestión debatida en el recurso de inconstitucionalidad, decidido por el Tribunal, ni de la denuncia de un “error u omisión material” contenidos en la sentencia previa del Tribunal que deba ser rectificado. En tales condiciones, el recurso extraordinario federal intentado debe fracasar por intempestivo, puesto que ha sido planteado fuera del plazo legal, afirmación que torna inútil recorrer argumentalmente los demás requisitos de su interposición.

2. No existe posibilidad alguna de avalar la procedencia de un recurso extraordinario federal contra una decisión posterior a la sentencia definitiva (salvo alguna excepción que no se verifica en este caso concreto), según lo plantea la señora jueza de trámite en el punto 2 de su voto. Se trata, por lo demás, de un problema de aplicación de la ley procesal local, de modo que él tampoco habilita la competencia extraordinaria de la CSJN. Resulta clara, a mi juicio, la argucia del interponente para intentar evitar la firmeza de la sentencia definitiva.

3. Por estos motivos, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido a fs. 355/369.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

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

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido, por los argumentos que expondré a continuación, con la solución propuesta por la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz.

2. Los requisitos para la interposición del recurso extraordinario federal son resorte del legislador nacional, que los ha regulado en la ley 48 y el CPCCN. Entre ellos, el art. 257 del CPCCN dispone que la apelación extraordinaria debe ser interpuesta “[...] dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación”. A su turno, incumbe al legislador local disponer acerca del modo de emitir o completar la sentencia. No puede, empero, al hacer ejercicio de sus competencias, alterar lo dispuesto por las normas nacionales. Así, la legislación local podría, por ejemplo, estipular una instancia aclaratoria o prever que la sentencia fuera emitida en dos pasos, primeramente la parte dispositiva y más tarde los fundamentos o bien, comenzando por el veredicto acerca de los hechos y siguiendo, en una etapa posterior, por la

condena o absolución. En estos ejemplos, no habría sentencia definitiva en los términos de la ley 48 hasta tanto la resolución no fuese dictada en su totalidad —y, por lo tanto, no comenzaría, hasta entonces, a correr el plazo para la interposición del recurso—. En el supuesto de la sentencia en acto único como principio, la sentencia dictada por el tribunal sería la definitiva en los términos de la ley 48; sin perjuicio de que si fuera modificada ante un pedido de aclaratoria, el plazo para interponer el recurso extraordinario federal correría desde que la decisión recurrida quedase completada con dicha hipotética modificación.

Una interpretación contraria, tal como la que el recurrente pretende apoyar en el art. 126 del CPPN, supondría otorgar al legislador local la facultad de modificar el plazo para la interposición del recurso extraordinario ante la CSJN, toda vez que la mera interposición del recurso de aclaratoria conllevaría la extensión de dicho plazo hasta que el Tribunal se expidiese, aún en casos en que el fallo no resultase aclarado, esto es, permaneciese incólume desde una fecha cuyo empleo como inicio del computo llevaría a tener por agotado el término para interponer el recurso federal.

Vale recordar, en este orden de ideas, el precedente “Olmos, Tránsito R. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos” (O.47.XXXII, sentencia del 24/6/1997), en el cual, *obiter dictum*, en el voto concurrente de Petracchi se plantea como única excepción aquella en la cual el rechazo de la aclaratoria se superpone e identifica con la omisión en que arbitrariamente incurre la sentencia apelada.

3. Por lo antes expuesto, y en atención a que la resolución de fs. 314/315 no alteró la sentencia antes emitida por este Tribunal, el plazo para la interposición del recurso extraordinario federal debe ser computado desde la notificación de la sentencia definitiva —en el caso 26/12/2005— y, por lo tanto, el recurso debe ser denegado por tardío.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 355/369.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

La jueza Ana María Conde no suscribe esta resolución por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: Julio B. J. Maier - José O. Casás - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.

LXVI

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘TOSTO, JOSÉ NÉSTOR S/INF. ART. 189 BIS DEL C.P.’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Sentencia definitiva. Materia contravencional. Perjuicio de imposible reparación ulterior. Cuestión federal. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Expte. nº 4178/05 - 26/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 103/119 vta.) contra la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 22/2/2006 que, por mayoría, dispuso rechazar el recurso de queja de fs. 51/75.

El recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal con base, sintéticamente, en que la sentencia en cuestión afecta por arbitraria la garantía de defensa en juicio, en tanto vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 18, C.N., arts. 7.5, 8.1, CADH y art. 14.3.c, PIDCP, en virtud del art. 75, inc. 22, C.N.).

2. El fiscal general adjunto solicitó que se declarara inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto. A su criterio, la sentencia impugnada no es definitiva ni puede ser equiparada a tal, y tampoco se ha planteado en el caso una cuestión federal (art. 14, ley 48) (fs. 118/120).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue interpuesto en tiempo y forma, por escrito fundado y ante el tribunal superior de la causa. A pesar de ello no puede ser concedido en tanto no se dirige contra una *sentencia definitiva* ni equiparable a ella. Es doctrina de la CSJN que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, en principio, el carácter de *sentencia definitiva* a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre otros). Tal como lo expresara en mi voto en autos (fs. 92/93), no advierto razones de entidad, vinculadas directamente con una trasgresión

constitucional, que ilustren acerca del supuesto gravamen de insuficiente o tardía reparación ulterior que la decisión le ocasionó a sus defendidos.

2. Debo señalar, *obiter dictum*, que el recurrente propone a la CSJN un planteo distinto del resuelto por este Tribunal. Ello es así pues, sostener que “el enjuiciamiento de una simple portación de arma de fuego de uso civil por encima de los *dos años y cuatro meses* supera el cómputo de un plazo razonable” (no destacado en el texto de fs. 114), sobrepasa los límites de la argumentación esbozada por su ministerio que, en la queja, sólo discrepó con la interpretación de una norma infraconstitucional vinculada con el plazo de la ‘investigación penal preparatoria’ a cargo de las autoridades locales (conf. art. 56.2, L.P.C.). Sin dudas, no es lo mismo impugnar la resolución judicial por el vencimiento de un plazo legal —establecido por una *norma procesal local*, para una etapa del proceso penal— y solicitar, por ello, el “archivo de las actuaciones” (fs. 75/vta., recurso de queja) previsto por la propia ley, que cuestionar, por irrazonable, la *duración total del proceso* —que, por cierto, comprende períodos en los que: la norma adjetiva local no estuvo vigente; la causa tramitó en una jurisdicción distinta y bajo el amparo de otras leyes; se trabó un conflicto negativo de competencia ante la CSJN; el sumario quedó, al concluirse la investigación, definitivamente en estado de ser resuelto—, pues sobre este aspecto (novedoso) no se ha pronunciado ninguna instancia local. En consecuencia, el recurso extraordinario federal —sobre tal base— no puede ser concedido y este planteo deberá hacerse valer, con carácter previo, ante los jueces de la causa.

3. Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto —cuyos fundamentos comparto y hago propios—, voto por denegar el recurso extraordinario federal.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal deducido a fs. 103/119 vta. cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por la legislación aplicable (esto es: fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal superior de la causa), él no resulta admisible, puesto que no se dirige contra una sentencia *definitiva* que habilite la competencia apelada de la CSJN (conf. art. 14, I, ley 48). Al pronunciarme sobre el recurso de queja deducido ante este Tribunal por la defensa, me remití a una sentencia anterior (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/ infracción art. 189 bis, párr. 3°, del CPN’”, expte. n° 4170/05, resolución del 10/2/2006) en la cual había expuesto con detalle los fundamentos que me imponían concluir acerca de la inexistencia, en el caso, de una sentencia de mérito final sobre la imputación que sustenta el proceso bajo análisis. Aquellos argumentos, a los que me remito, permanecen incólumes

en esta nueva instancia recursiva propiciada por el defensor general. En consecuencia, ésta es la razón básica por la cual considero que el recurso intentado no puede prosperar.

2. Las circunstancias que describo en el apartado precedente tornan inoficioso todo pronunciamiento sobre la posible existencia de una cuestión federal con relación a la alegada lesión al derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable. De la misma manera, tampoco considero necesario analizar la procedencia de los restantes agravios desarrollados por el recurrente en su escrito de fs. 103/119 vta.

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo sostiene la señora jueza de trámite, la presentación de fs. 103/119 vta. cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, el recurso interpuesto no puede prosperar.

2. Como lo expresé en el pronunciamiento recurrido, la decisión judicial que se intenta impugnar no constituye una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior (véase mi voto a fs. 91/100).

La sentencia cuestionada tampoco es definitiva, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal. En efecto, en su inveterada jurisprudencia el Tribunal cimero ha sostenido que “(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio” (*Fallos*, 303:633, entre otros). Además, en particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo desarrollado en sentido concordante por la señora jueza de trámite en su voto y por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 123/125 vta.), corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 103/119 vta. es admisible por ser deducido contra una resolución (del 22/2/2006), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

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

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

Entiendo que en el caso, tanto el carácter de equiparable a definitiva de la decisión recurrida cuanto la existencia de cuestión federal en la violación denunciada en la presentación que aquí se considera, fueron advertidos en los fundamentos que desarrollé al momento de emitir mi voto en el recurso de inconstitucionalidad, oportunidad en que sostuve:

“...En primer lugar hay que decidir si [el recurso de inconstitucionalidad] fue interpuesto contra una sentencia equiparable a una definitiva. Tal como desarrollaré más adelante, de tener razón la postura defensiva, el vencimiento del plazo implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal, y como consecuencia otorga derecho inmediato a no ser sometido a proceso.

3. En segundo lugar corresponde evaluar si los agravios planteados son efectivamente de índole constitucional.

La defensa afirma que la interpretación dada por la Cámara al art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) vulnera el derecho a un juicio rápido y la garantía de ser juzgado en un plazo razonable (arts. 18, C.N.; 13.3, CCBA; 8.1, CADH; y 14.3.c, PIDCP), como así también el principio de legalidad por la forma en que ha sido interpretada la ley que reglamenta aquel derecho.

4. La norma cuya interpretación se discute establece que ‘[l]a investigación penal preparatoria no puede exceder el plazo de dos (2) meses para su conclusión, a contar desde la declaración o la detención del imputado. El fiscal puede solicitar motivadamente la prórroga del plazo al juez, el que nunca excederá de cuatro (4) meses, cuando las particularidades del caso así lo impusieren. Transcurrido el plazo máximo corresponde el archivo de las actuaciones. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente dicho plazo’.

5. La Cámara declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa en virtud de la negativa del juez de primera instancia de archivar las actuaciones por transcurso del plazo estipulado en la norma citada, en virtud de los siguientes fundamentos:

‘La consecuencia jurídica del vencimiento del plazo no puede interpretarse a modo de regla general de aplicación automática... el plazo constituirá un parámetro de razonabilidad... [y] corresponderá al recurrente invocar y demostrar que el tiempo que ha insumido el proceso responde a una irregularidad que se manifiesta con una prolongación injustificada del proceso’ (fs. 20 y vta.).

6. La defensa sostiene que el razonamiento efectuado por la Cámara reseñado precedentemente, se aparta del texto de la ley y es incongruente con los principios que deben regir toda interpretación en materia de garantías, en especial el *pro homine* (fs. 71 vta. y 72). Señala además que dicha interpretación, al requerir la demostración del perjuicio alegado, establece una exigencia no prevista por la ley.

7. El modo en el que la Cámara interpretó el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) desconoce los principios constitucionales que rigen en materia penal.

El mandato contenido en la norma, tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tal como ocurre por ejemplo en el caso de la prescripción, el simple transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria. De allí que la defensa no tenga ningún perjuicio que demostrar salvo el cumplimiento del plazo estipulado por la norma.

Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis aceptáramos la postura de la Cámara en el punto, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —obvia consecuencia del principio de legalidad material— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo con el argumento, en este caso insostenible, de la razonabilidad. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del Poder Legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado.

Más aún, no puede tampoco aceptarse la introducción de argumentos de política criminal como los argüidos por los señores camaristas al afirmar: ‘piénsese en la irrazonabilidad de acoger favorablemente la petición para las causas venidas de extraña jurisdicción en donde en la mayoría de los casos se encontrarían holgadamente superados los plazos de la etapa preliminar aquí

estipulados, de modo que sin más correspondería el archivo de las actuaciones lo que constituye un absurdo jurídico' (fs. 21).

Dicha línea argumental no sólo es *contra legem*, sino que además parece propiciar la violación de la garantía de igualdad de trato entre quienes fueron imputados antes de la vigencia de la norma y quienes lo fueron con posterioridad.

8. Resta analizar si en el caso se ha cumplido con el plazo dispuesto por el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330).

Esta causa tuvo su origen el día 19/12/2003 con la detención de los Sres. Daniel Eduardo Ávila y Gastón Adrián Pérez, por lo tanto a la fecha y ante la falta de prórroga justificada, el plazo previsto por el legislador se ha cumplido.

No dejo de advertir que la excesiva duración de este proceso se debe a problemas relacionados con el traspaso de competencias de la jurisdicción nacional a la local, sin embargo considero que las consecuencias de dichas dificultades no deben ser atribuidas los imputados".

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por el señor defensor general.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 103/119 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 100 punto 2.

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

LXVII

"PICASSO, MARIO LUIS JUAN C/GCBA
S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

**ACCIÓN DECLARATIVA DE
INCONSTITUCIONALIDAD: Medida cautelar. Admisibilidad**

Expte. n° 4681/06 - 26/4/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Mario Luis Juan Picasso interpone demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la resol. 884/06 de la Secretaría de Educación del GCBA, por medio de la cual se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Formación Técnica Superior que derogó al Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario que fuera aprobado por resolución ministerial n° 425/83.

El actor considera que el nuevo reglamento deviene en general inconstitucional, porque: *a)* debió aprobarse por medio de una ley —conf. art. 80, inc. 2°, apartado b), art. 91 y art. 103, CCBA y 31 C.N.— (fs. 34 vta./35 y 36 vta.); y *b)* no respetó los derechos de los docentes transferidos por la Nación a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo a los términos de la ley de transferencia de servicios educativos n° 24.049, el dec. 964/92, el Convenio de fecha 19 de febrero de 1992 y las actas complementarias n°s. 1 y 4 (fs. 34).

En particular, se cuestionan los arts. 7° y 14 del citado reglamento, en tanto establecen concursos abiertos para la designación del personal jerárquico de los centros educativos de nivel terciario, por considerar que conculcan los principios de imparcialidad, debido proceso, el derecho al trabajo y a la propiedad (fs. 35/37).

2. El accionante también solicita al Tribunal que “hasta tanto se resolviera la declaración de inconstitucionalidad, deberá decretarse la suspensión (...) de los actos que llaman específicamente a concurso para el cargo de Secretario Académico del CENT N° 8” (fs. 31).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. CASÁS dijo:

1. Sin abrir juicio sobre ninguno de los requisitos de los presupuestos de admisibilidad de la demanda, corresponde considerar la medida cautelar solicitada.

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

La sentencia en el juicio de inconstitucionalidad, en caso de resultar favorable a la actora, se limitará a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas (este Tribunal, *in re* “Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 119 y ss., entre muchos otros).

En consecuencia, de hacerse lugar a la medida precautoria solicitada, se estaría otorgando una tutela que la propia sentencia de fondo podría no conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad (doctrina del Tribunal, en los autos “Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 134 y

ss.; “Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 826/01, resolución del 22/2/2001; “Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1276/01, resolución del 28/11/2001; y “Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01, resolución del 28/11/2001, “Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3032/04 del 21/4/2004, entre muchos otros). Las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos (doctrina del Tribunal en “Valdés, Eduardo Félix c/GCBA 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.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer* lugar a la medida cautelar solicitada por el actor en su escrito de fs. 30/42.

2°. *Mandar* que se registre y se notifique esta decisión conjuntamente con lo ordenado por el juez de trámite a fs. 45, punto 3°.

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

LXVIII

“METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ARPOL S.A.
C/GCBA Y OTRO S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Medida
para mejor proveer. Inspección ocular. Sentencia definitiva**

Expte. n° 4267/05 - 26/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Arpol S.A. promovió acción de amparo (fs. 1/3) contra Metrovías S.A. y el GCBA a efectos de que se ordenara el retiro o modificación de la toma de aire de ventilación del subterráneo Línea B, ubicada frente a su propiedad, por entender que esa obra lesiona, restringe, altera y amenaza su derecho de propiedad, al no permitir la normal visualización del frente del local.

2. Metrovías contestó la demanda y planteó excepción de falta de legitimación activa, solicitó la citación de terceros y la incompetencia del fuero (fs. 4/20).

3. Previo a resolver, el juez de primera instancia dispuso una inspección ocular (fs. 21), decisión que fue atacada por Metrovías, mediante la interposición de un recurso de reposición y apelación en subsidio, por entender que la medida “desvirtúa la igualdad de las partes” (fs. 24).

4. Frente al rechazo de ambos recursos por el juez de primera instancia (fs. 28), Metrovías interpuso recurso de queja por denegación de apelación (fs. 29/34), el que fue rechazado por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 36) por considerar que las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de prueba, son inapelables.

5. Contra dicha resolución, Metrovías dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 37/46), que fue denegado por la Cámara por entender que no se impugnaba una sentencia definitiva y que no se había argumentado de manera formalmente adecuada un caso constitucional (fs. 51).

6. Esta denegación originó la interposición del recurso de queja ante este Tribunal (fs. 59/68).

7. El fiscal general en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 75/78).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

2. La resolución impugnada, referida a la realización de una inspección ocular ordenada por el magistrado de primera instancia, no puede ser reducida sin más a una cuestión probatoria a los fines de determinar su inapelabilidad, por cuanto se encuentran tratados por la Cámara los alegados agravios constitutivos de excepción a la regla general (resolución de fs. 36). Esta circunstancia torna inaplicable la doctrina de este Tribunal establecida en los precedentes “Trigo, José Luis y otros c/OSCBA”, expte n° 3352/04, resolución del 30/5/2005; “D’Urso, Hernán María c/GCBA”, expte n° 3007/04, resolución

del 12/8/2004; “GCBA c/Expreso Cañuelas S.A.”, expte n° 3276/04, resolución del 3/11/2004, entre otros.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Cámara; pues el pronunciamiento que rechazó el recurso de queja contra la resolución que denegó la apelación planteada contra la decisión del juez de primera instancia que dispuso una medida de mejor proveer, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, entendiéndose por tal la que priva al interesado de medios legales para reclamar la tutela de sus derechos (expte. n° 451/00, “Casino Flotante Estrella de la Fortuna s/recurso de queja”, 2/10/2000; CSJN, *Fallos*, 303:633).

Corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso. Si bien Metrovías manifiesta que “la sentencia que se dicte sobre el fondo del asunto se encontrará indefectiblemente viciada de nulidad, por surgir de un proceso en el cual se alteró la igualdad entre las partes, en evidente lesión a los derechos de defensa y debido proceso” (fs. 38 vta.), no logra demostrar que tal decisión le provoque un agravio de insuficiente reparación ulterior.

Más allá del acierto o desacierto de la Cámara al resolver el recurso de inconstitucionalidad, tiene razón el señor fiscal general al señalar que la resolución en crisis encuentra su fundamento en que la misma no pone fin al proceso ni impide su prosecución hasta el fallo final, en tanto que por otra parte, existe la posibilidad de que el pronunciamiento ulterior del superior tribunal de la causa disipe los agravios constitucionales alegados (fs. 77 vta.)

4. Sin perjuicio de lo expuesto y por lo cual la queja no puede prosperar, considero necesario señalar que la presente decisión no implica pronunciamiento alguno acerca de la validez o no de la medida probatoria dispuesta de oficio por el juez de primera instancia, que ahora cuestiona la demandada Metrovías S.A.

En efecto, si bien llama la atención la oportunidad —cuando aún no estaba trabada la litis y se encontraban pendientes de resolución cuestiones como la competencia, la legitimación, la procedencia de la vía del amparo y la citación de terceros— y la forma en que la diligencia fue ordenada; ello deberá ser ponderado, si se mantienen los agravios, al revisarse la sentencia definitiva, momento en el cual se pondrá en evidencia la necesidad, relevancia y pertinencia de la inspección ocular llevada a cabo por el magistrado interviniente en la instancia de grado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja, aunque ha sido interpuesto por escrito y dentro del plazo legal (conf. art. 33, ley 402), debe ser rechazado.

2. Se pretende discutir ante el TSJ la validez constitucional de una medida para mejor proveer dictada en el marco del art. 29, inc. 2°, CCAyT.

Aquel auto, oportunamente, dio origen a un recurso de reposición con apelación en subsidio (fs. 23/7 vta.), presentado por una de las demandadas; el primero de ellos fue rechazado, en tanto que el segundo, declarado inadmisible con base en el art. 303, CCAyT, que dispone: “*Inapelabilidad*. Son inapelables las resoluciones del tribunal sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas. Si se hubiera negado alguna medida, la parte interesada puede solicitar al tribunal de alzada que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva” (conf. fs. 28).

A raíz de la denegatoria de la apelación presentada, Metrovías S.A. interpuso un recurso de queja ante la Cámara (fs. 29/34 vta.) que los miembros de la Sala I rechazaron con el siguiente argumento: “si en el ejercicio de facultades instructorias se ha decretado oficiosamente una medida de prueba, dicha providencia está incluida dentro de los supuestos contemplados por el artículo que establece la inapelabilidad de las resoluciones sobre la producción, denegación y sustanciación de la prueba, salvo excepcionalmente cuando a raíz de ellas se altera la igualdad de partes (...) En consecuencia, atento a que el caso se refiere a la producción de prueba en primera instancia y sin que el tribunal estime que se encuentre acreditado el extremo de excepción al que se refiere el párrafo precedente, en virtud de lo establecido por el art. 303, CCAyT (...) corresponde rechazar el recurso de queja por apelación denegada” (fs. 36 vta.).

Como consecuencia de esta decisión, la misma agravada presentó un recurso de inconstitucionalidad que, denegado porque no atacaba una decisión de carácter definitivo, dio lugar a esta queja.

3. Metrovías S.A. planteó un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que rechazó su queja por recurso de apelación denegado. No obstante, a poco que se comienza con la lectura del recurso, se advierte que lo que agravia al recurrente es la decisión del juez de primera instancia que ordenó la producción de una medida para mejor proveer.

La demandada debió interponer recurso de inconstitucionalidad contra la resolución que rechazó su recurso de reposición; en definitiva, aquél era el último recurso ordinario admisible para que se modificara lo decidido (conf. art. 303, CCAyT). En esa situación, el juzgado que dictó aquella providencia es el “tribunal superior de la causa” a que se refiere el art. 27 de la ley 402.

De ello se sigue que el recurso de inconstitucionalidad debía deducirse por ante el juez que ordenara la medida para mejor proveer y que el plazo previsto por la ley 402 debía computarse desde que la recurrente quedó notificada de la decisión de fs. 28 (que rechazó su recurso de reposición). De allí que las actuaciones cumplidas por Metrovías ante la Cámara son improcedentes, y el recurso traído a decisión del Tribunal deviene extemporáneo.

En este sentido, el Tribunal ya sostuvo (conf. “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Trigo, José Luis y otros c/OSCBA s/queja por apelación denegada’ en ‘Trigo, José Luis y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3352/04, sentencia del 30/3/2005, y sus múlti-

ples citas) que el plazo que el art. 28, ley 402, fija para la interposición del recurso de inconstitucionalidad reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes.

Por ello, voto por no hacer lugar a la queja.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde, en cuanto rechazó la queja en examen por no tratarse la resolución impugnada de una sentencia definitiva ni equiparable a tal.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en cuanto propicia el rechazo del presente recurso de queja. La decisión recurrida no ha puesto fin al litigio ni impide su continuación, tampoco se observa que genere al recurrente un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.

2. También comparto los desarrollos del voto de la señora jueza de trámite, en cuanto ponen de manifiesto que la presente resolución no implica pronunciamiento alguno sobre la validez o razonabilidad de la medida para mejor proveer (inspección ocular) dispuesta de oficio en el proceso por el magistrado de primera instancia, antes de que se encuentre debidamente trabada la *litis*.

3. Por lo demás, a modo de *obiter dicta*, considero pertinente advertir que la presente queja fue interpuesta en el marco de una acción de amparo, regulada en la Ciudad por el art. 14, CCBA y la ley 16.986, mientras esta última, claro está, no se oponga a preceptos de la Constitución Nacional y local. De acuerdo con el art. 5° de la ley 24.588, continúan vigentes en el ámbito local las leyes y ordenanzas que regían hasta el momento del dictado de la Constitución, mientras no sean derogadas o modificadas por las autoridades nacionales o locales, según corresponda (conf. este Tribunal *in re*: “Perrone, Héctor Alejandro c/GCBA s/amparo”, expte. n° 30/99, resolución del 22/4/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 49 y ss.; “Asociación de Receptorías de Publicidad c/GCBA s/amparo”, expte. n° 20/99, resolución del 12/5/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 63 y ss.; véase también “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, resolución del 20/6/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 154 y ss.).

En suma, el art. 14, CCBA debe ser el marco en el cual corresponde interpretar y aplicar la ley 16.986 en la jurisdicción de la Ciudad (*in re*: “Rodríguez Barrios, María Sixta c/GCBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 306, resolución del 31/6/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 139 y ss.).

Realizo esta referencia somera a la ya antigua jurisprudencia del Tribunal, pues creo que los problemas que presenta este expediente (y que por ahora no pueden ser abordados por este estrado), en buena medida, han surgido a

partir de la confusión generalizada que provocó el peculiar trámite otorgado a la causa por el señor juez de grado, circunstancia puntual que, en definitiva, ha contribuido a que luego de dos años y medio de iniciado el juicio (rápido y expedito, según reza la Constitución local en su art. 14), todavía no se haya dictado sentencia en primera instancia (véase cargo de fecha 9/9/2003, obrante a fs. 3 vta. de los autos principales).

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde, básicamente porque la resolución impugnada no constituye *sentencia definitiva*, en los términos del art. 27 de la ley 402, reglamento correcto del recurso de inconstitucionalidad.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Metrovías S.A.

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

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

LXIX

“CARBALLO, HÉCTOR FERNANDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘CARBALLO, HÉCTOR FERNANDO C/GCBA S/MEDIDA CAUTELAR’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Medida cautelar autónoma. Sentencia definitiva. Prueba a cargo del recurrente que permita equiparar a sentencia definitiva una decisión que no reviste tal carácter. Multa por infracción al régimen de faltas. Rescisión del permiso precario de uso de un puesto de feria. Principio de *ne bis in idem*

Expte. n° 4311/05 - 26/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó (fs. 31 autos principales) la resolución de primera instancia que había rechazado (fs. 21 autos principales), la medida cautelar de no innovar solicitada por el actor, con el fin que el GCBA se abstenga de “rescindir y/o no renovar el contrato de permiso precario de uso de un puesto de la feria de Parque Rivadavia”.

2. Contra dicha resolución la actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 35/38), que fue declarado inadmisibile por la Cámara, pues, a su juicio, la resolución impugnada no reviste carácter de sentencia definitiva (fs. 7).

3. Frente a tal rechazo, la actora interpuso una queja ante este Tribunal (fs. 8/11).

4. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 30/32).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

2. El pronunciamiento de la Cámara que confirmó la resolución de la jueza de primera instancia que denegó la medida cautelar solicitada por la actora, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de ley 402 de procedimientos ante el Tribunal Superior.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente 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*: “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. n° 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, Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

Corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso. Y los argumentos que invoca el Sr. Carballo no resultan idóneos para demostrar que la sentencia le provoque un agravio de insuficiente reparación ulterior. Por lo tanto, no se ha demostrado la existencia de un requisito tradicionalmente exigido por la jurisprudencia de la Corte Suprema para equiparar a sentencia definitiva una decisión referida a una medida cautelar, esto es, que medie un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulte irreparable (*Fallos*, 295:646; 308:90, entre muchos otros).

El actor no ha probado mínimamente los extremos aludidos, sólo reitera su discrepancia con la denegación de la medida cautelar efectuada por la Cámara. Adviértase que el gravamen irreparable no ha quedado demostrado en tanto, como bien lo señala la jueza de primera instancia en su sentencia (fs. 19/21 principales), “en el caso en examen se pretende impugnar el que el mismo actor define como acto preparatorio...” y “mal puede hablarse de verosimilitud del derecho cuando aún no ha sido expresada la voluntad unilateral de la administración”. Si bien es cierto que el Sr. Carballo menciona en el recurso de inconstitucionalidad (fs. 20) la existencia de una decisión administrativa que habría decretado el desalojo de otro de los puestos del parque, la misma no se encuentra anexada al expediente, por lo que no se advierte qué relación puede tener con la presente causa.

En definitiva, el actor no ha logrado demostrar —como lo sostiene en su queja— que la decisión de la Cámara “opera como definitiva, toda vez que... resultaría materialmente imposible revisar la cuestión de fondo por otra vía procesal” (fs. 11).

3. Por lo demás, la presentación efectuada por la recurrente se reduce a sostener que la Cámara de Apelaciones “ha hecho un análisis literal del texto del art. 27 de la ley 402” y que ha resuelto con un “excesivo rigor formal” (fs. 8 vta.). Pero no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de la garantía de *non bis in idem* (fs. 8, 10 vta. y 11).

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere, extremo que no se verifica en la presente causa. Por el contrario, el escrito del recurso sólo transcribe citas de doctrina pero no las relaciona concretamente con el caso en estudio ni con los agravios que alega le produce la sentencia de Cámara.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por escrito y dentro del plazo legal (conf. art. 33, ley 402). Sin embargo, como sostiene en su voto la jueza Ana María Conde, debe ser rechazado.

2. La parte actora —a través de su presentación directa— no logra rebatir los argumentos que dio la Cámara para declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 19/22.

En numerosas oportunidades sostuve que es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). En otras palabras, así como fue obligatorio para los jueces de la Sala II fundar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

En este sentido, la presentación que el Sr. Carballo realizó ante este Tribunal no satisface la condición de criticar acabadamente la resolución que denegó el acceso a esta instancia.

3. La queja interpuesta en esta causa defiende un recurso de inconstitucionalidad que —tal como lo sostuvieron los miembros de la Sala II— no se dirige contra una sentencia definitiva (conf. art. 27, ley 402).

En efecto, el recurrente cuestiona la validez constitucional de una decisión denegatoria de la medida cautelar autónoma que solicitó. Al presentar su queja (donde mantiene como agravio la violación del principio constitucional de *ne bis in idem*, conf. fs. 20) no aportó elementos suficientes para demostrar que este recurso —interpuesto en el marco de un proceso que de ninguna manera cierra las posibilidades de discusión sobre el caso— sea el último medio idóneo para preservar la garantía que entiende comprometida.

Estas omisiones, entonces, impiden al TSJ ingresar en el análisis del recurso de inconstitucionalidad intentado.

4. Por estos argumentos —concordantes con los que expuso la jueza de trámite— voto por no hacer lugar a la queja.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en cuanto propicia rechazar la queja porque el recurso que defiende no ataca una sentencia definitiva ni equiparable.

2. Por su parte, la invocada violación de la garantía del *ne bis in idem* carece de aptitud para superar la deficiencia apuntada. El actor, titular de un permiso de uso para explotar un puesto en la Feria del Parque Rivadavia, fue condenado al pago de una multa por infracción al régimen de faltas. La conducta reprochada consistió en ofrecer a la venta copias ilegales de DVD y CD de Play Station. Efectuado el pago voluntario de la sanción referida, el Sr. Carballo, solicitó el dictado de una cautelar autónoma para que el GCBA “se abstenga de rescindir y/o renovar el contrato oportunamente celebrado (...)”

utilizando como fundamento las conductas contempladas por el régimen de faltas que motivaron la multa ya abonada. Lo contrario, a criterio del recurrente, lesionaría el principio de *ne bis in idem*.

El accionante asume en su argumentación, que la rescisión y/o no renovación del permiso es una sanción. Sin embargo, la multa originada en el régimen de faltas y la eventual rescisión del permiso de uso otorgado al actor son manifestaciones de potestades estatales diversas. Mientras que la primera es el resultado del ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales —no naturales para la administración—, la segunda, constituye una prerrogativa de la autoridad administrativa, vinculada con la tolerancia en función de la cual se amplía el ámbito de libertad del destinatario para usar un espacio que pertenece al dominio público. En el *sub lite*, entonces, la garantía constitucional invocada ni siquiera esta en juego. Resulta indisputable que el recurrente, en la hipótesis planteada, nunca quedará sometido a dos procesos de los que, por sus características, pudiera derivar una doble sanción ilegítima. Aún al margen de la discusión vinculada con el alcance con que se proyectan los principios del derecho penal en el ámbito de la actividad materialmente jurisdiccional de la administración, no es posible invocar la garantía del *ne bis in idem* cuando uno de los procedimientos involucrados no supone ejercicio de función jurisdiccional alguna ni existe, por tanto, la amenaza de padecer la aplicación de dos penas originadas en una misma conducta. El procedimiento que pudiera culminar con la rescisión o revocación de un permiso, ciertamente no constituye uno de carácter jurisdiccional. Tampoco la extinción del privilegio que importaba su existencia puede ser calificada como pena. La compatibilidad entre la sanción de multa impuesta por infracción al régimen de faltas y la eventual rescisión del permiso de uso obedece a que la última emana de prerrogativas de derecho público que nada tienen que ver con la privación de un derecho (característica propia de la sanción penal o penal administrativa) sino, antes bien, con la supresión de un vínculo singular cuya traba con el o los destinatarios depende de una selección que incumbe a la Administración.

3. Finalmente, en tanto la recurrente dirige su ataque contra una actuación administrativa preparatoria, y por ello no definitiva, es obvio que pretende también una intervención judicial prematura que, en las condiciones propuestas, supone frustrar anticipadamente el desarrollo de una competencia administrativa, sin que concurra la más mínima apariencia de verosimilitud en el derecho invocado. Por otra parte, sería absurdo interpretar que el pago voluntario inhibe la posibilidad de retirar un permiso que nació precario y sin estabilidad. Tampoco parece razonable suponer que el permiso de uso, una vez abonada la multa, incluye el deber de tolerar, también, la venta de mercadería ilegal en contra de los intereses generales de la comunidad que justificaron acordar, originalmente, el permiso para usar bienes pertenecientes al dominio público.

Por las razones dadas, voto por rechazar la queja y dar por perdido el depósito de fs. 23.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La presente queja debe ser rechazada, toda vez que se dirige contra una sentencia que no reviste carácter de definitiva, tal como lo sostiene en su voto la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente 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.

En resumen, corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en esta etapa del proceso.

Desde esta perspectiva, es correcto afirmar que la parte interesada no ha logrado demostrar con las pruebas aportadas al expediente que la sentencia objetada le provoque un perjuicio de dificultosa o imposible reparación ulterior.

Por lo demás, si bien en el recurso de inconstitucionalidad se da cuenta de una circunstancia sobreviniente que, en opinión del actor, podría resultar relevante —la emisión de un acto administrativo mediante el cual se habría dispuesto el desalojo del puesto n° 46 del Parque Rivadavia— (fs. 36, autos principales), no se han arrimado al proceso ni la copia del acto mencionado, ni los elementos probatorios indispensables que permitan ponderar su incidencia en el caso, carga que al Tribunal no le corresponde suplir.

Por las consideraciones expuestas, y las razones concordantes brindadas en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde y en el dictamen del señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. Coincido con el voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde, en tanto propicia rechazar la queja planteada a fs. 8/11. Ello es así, en primer lugar, porque la decisión impugnada no constituye *sentencia definitiva*, en los términos del art. 27 de la ley 402. En segundo lugar, porque la cuestión sobre la que debe resolver el Tribunal es insustancial: los desarrollos del actor, tendientes a demostrar que “el Informe” (véase fs. 2 y ss.) debe interpretarse como una *amenaza actual* (fs. 20, recurso de inconstitucionalidad), no ya potencial (al inicio del proceso cautelar) a sus derechos constitucionales, resultan improponibles.

Concretamente, el informe al que hago referencia es el n° 325, emitido por la Dirección General de Comercio Interior. Este documento básicamente descriptivo, luego de dar cuenta de las características, circunstancias y el resultado del operativo efectuado en el Parque Rivadavia (descripto a fs. 2 y vta.), concluye con una *opinión* de la Dirección General en el sentido de “que correspondería la no renovación de los Permisos de Uso Precarios oportunamente suscriptos correspondientes a: ... a) Héctor Fernando Carballo” (fs. 2).

2. Los informes o dictámenes no contienen una directiva a actuar (por ello no se formulan en términos prescriptivos —en el caso, la opinión se emite en potencial—) y, como es obvio, no producen efectos jurídicos directos o inmediatos. Para el Sr. Carballo, en cambio, el informe pone en evidencia que el GCBA “está ejecutando *actos preparatorios* (énfasis aportado) destinados a no renovar el contrato de uso precario... fundando su accionar exclusivamente en el resultado de un operativo de inspección por el cual ya fui condenado por el mismo Gobierno de la Ciudad” (fs. 2/2 vta.).

La condena había consistido en el pago de una multa, al detectarse durante el operativo referido y en el puesto del Sr. Carballo (establecido para la comercialización de *libros y revistas usados*) “la tenencia para su venta de copias presumiblemente ilegales de DVD y CD Play Station” que, originariamente, determinaron la clausura preventiva del puesto (fs. 1 vta.; adviértase que, circunscripto el permiso a la venta de libros y revistas, el señalamiento del actor, en cuanto a que nunca se acreditó la ilegalidad presunta de los artículos hallados, esto es, copias de DVD y CD Play Station, resulta cuando menos inatendente).

No obstante lo expuesto hasta aquí, la presentación del informe múltiplemente mencionado constituye, en el entendimiento del actor: a) un acto preparatorio que impedirá, sin lugar a dudas, la renovación automática del contrato; y b) una clara violación al principio *non bis in idem*: “Los actos preparatorios para la no renovación del contrato, no operan en el caso particular, como ejercicio de las facultades de rescisión fundadas en el interés público contractualmente previstas, sino que constituyen una clara violación a la garantía constitucional de *non bis in idem*, afectando asimismo mi derecho constitucional a trabajar en cuyo ejercicio sustento también la presente acción” (fs. 2 vta.).

3. No me cabe duda alguna de que el Sr. Carballo está convencido de que la opinión contenida en el informe de la Dirección General, no obstante ser sólo eso, *una opinión*, formulada, como ya lo he señalado, en potencial (“correspondería...”) debe interpretarse como algo distinto de lo que ella es: específicamente, como un mandato que erige al documento en cuestión en el “acto preparatorio” de la segura rescisión unilateral del permiso de uso precario para ejercer su actividad comercial por parte del Gobierno de la Ciudad.

Ahora bien: con la misma convicción, yo señalo que la interpretación personalísima del actor en cuanto a las consecuencias posibles (en rigor, y a su

entender, ya concretadas en una amenaza actual) de este documento fundamentalmente informativo, no justifica, en modo alguno, el dispendio de jurisdicción que exhibe el caso. El actor no impugna una sentencia definitiva; él solicita (hasta llegar a la vía recursiva de la queja) el dictado de una medida cautelar de “no innovar... ordenando al Gobierno de la Ciudad que se abstenga de rescindir y/o no renovar el contrato oportunamente celebrado” (fs. 3 vta.), pedido que sustenta en su interpretación anticipatoria del significado de un informe orientado a rendir cuentas de un operativo efectuado por la Administración local y, por último, él cree proponer un caso constitucional sobre la base de “la clara violación al principio *non bis in idem*” (yo he procurado establecer un marco conceptual de esta garantía constitucional en diversos votos; remito, por ejemplo, al que emití en la causa “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido, en: ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

Con respecto a este presunto agravio, considero oportuno enfatizar que los términos del vínculo contractual por el que se estableció el permiso de uso precario entre el actor y el GCBA dejaron en claro, desde la suscripción misma del contrato, la potestad de la Administración local —que el Sr. Carballo naturalmente aceptó— para rescindir el permiso “en el momento [en que el Gobierno] lo estime necesario, por razones de interés público, oportunidad, mérito o conveniencia” (reproducido a fs. 1, último párrafo).

Segundo, señalo, *obiter dictum*, que el agravio relativo a la limitación del derecho constitucional a trabajar, presente en la demanda originaria y sostenido en los recursos de inconstitucionalidad y de queja, sería insustancial aun si la interpretación del actor fuera confirmada por los sucesos sobrevinientes que él anticipa como seguros o ciertos, y constitutivos de una sanción. En efecto, toda sanción representa una injerencia del Estado en derechos básicos de las personas y corresponde a su naturaleza su contenido limitante de la capacidad de esas personas para ejercer los derechos que, en principio, le son garantizados por las leyes fundamentales. Las penas y las sanciones administrativas como el poder de policía de la administración pública, han sido autorizadas en la competencia del poder respectivo por las propias constituciones, a sabiendas de que ellas importaban disminuciones de derechos o de la capacidad para ejercerlos. De tal manera, si la facultad concedida fue ejercitada en el ámbito de competencia del funcionario u organismo que la ejerció —y, en el caso, eso no está discutido—, el argumento acerca de la incapacidad que esa pena o esa sanción genera resulta insustancial (conf. mi voto en la causa “Sosa, Hugo Alberto c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3543/04, resolución del 13/4/2005).

Por otra parte, este argumento implica admitir dos premisas, a mi entender, inaceptables: a) que la decisión administrativa de rescindir un permiso de uso precario comporta, necesariamente, una sanción para el permissionario; y b) que la revisión de la potestad sancionatoria administrativa, eventualmen-

te concretada en un acto como la rescisión contractual, es una tarea para la cual el Tribunal es, por regla, competente.

4. Por último, comparto el juicio de mi colega, la señora jueza Alicia Ruiz, orientado a señalar la falta de autonomía del recurso de la queja, cuestión que se suma a las deficiencias argumentales que exhibe el recurso de inconstitucionalidad. Respecto de este punto, los aspectos que más me preocupan son dos: primero, la conversión especulativa de un posible hecho futuro en una amenaza actual, y el que esta conversión sea el sustento mismo de toda la controversia. Segundo, la ausencia de argumentos plausibles por parte del recurrente, dirigidos a generar al menos cierta convicción en punto a la conexión de los agravios que esgrime y su interpretación personalísima de los eventos que anticipa.

5. En razón de lo expuesto, y en concordancia con la solución que propicia la señora jueza de trámite, voto por rechazar la queja y dar por perdido el depósito de fs. 23.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por el Sr. Héctor Fernando Carballo.

2°. *Dar* por perdido el depósito de fs. 23.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva el principal con la queja.

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

LXX

“MONCADA, ANA CLARA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.

Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local

Expte. n° 4339/05 - 26/4/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ana Clara Moncada, Sandra Noemí Galarza y Miguel Ángel Crocetta, empleados del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires iniciaron una acción de amparo en la que solicitaron un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003 y el pago retroactivo al 1º de mayo de 2003 de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se cumpla así con la escala establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/6). En un escrito posterior ampliaron la demanda para que se les abonara el aumento del 10 % otorgado por el Consejo de la Magistratura de la Nación mediante resol. 471/04 (fs. 25 y vta.)

El juez de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar a los actores los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 70/73).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 80/88). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 105/107, se advierte que existen dos fojas identificadas con el n° 105).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 112/130) que, previo traslado a los actores que fue oportunamente contestado (fs. 138/147), fue concedido por la Sala II (fs. 149).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad (fs. 161/164).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que la cuestión planteada en estos autos es “sustancialmente similar” o “sustancialmente análoga” (punto 2 de la resolución de fs. 149) a la decidida por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’” expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado,

en: ‘Farrel, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por los actores. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

LXXI

“B., C. B. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘B. C. B.
C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)’”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad.

**Admisibilidad. Daños y perjuicios. Fallecimiento por enfermedad
contraída en hospital público especializado en enfermedades
infecciosas en ocasión de trabajo. Incapacidad sobreviniente
de los miembros del grupo familiar. Indemnización. Daño patrimonial.
Daño moral. Omisión de ponderar el daño psicológico en forma
autónoma. Gastos generados por el tratamiento psicológico**

Expte. n° 4245/05 - 26/4/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. C. B. B. y sus hijos V. A. M., C. A. M., J. G. M., M. B. M., N. A. M. y A. M. M. reclamaron daños y perjuicios contra la Ciudad de Buenos Aires debido a la muerte de N. M. M., quien fue esposo de la primera y padre de los demás, a raíz de una enfermedad contraída durante su desempeño como cerrajero en el Hospital de Infecciosas Francisco Javier Muñiz (además, cumplía tareas de camillero y de limpieza, en horario extraordinario). El Sr. M. falleció el 14/12/1999 a la edad de 45 años.

Los actores plantearon en la demanda la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557.

Los coactores reclamaron la indemnización de los siguientes rubros: daño psíquico, tratamiento psicológico, indemnización del valor vida, daño moral y gastos funerarios. La liquidación practicada ascendió a la suma total de \$ 1.873.000. El Asesor Tutelar, en representación de los hijos menores de edad, solicitó que se hiciera lugar a la demanda en todas sus partes.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda “ordenando pagar la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000) en concepto de integración de indemnización por la ley 24.557, más daño psicológico de pesos veinte mil (\$ 20.000), en conjunto” y declaró la inconstitucionalidad, en el caso, del art. 39 de la ley 24.557, en cuanto se refiere al tope indemnizatorio.

2. La sentencia fue apelada por la ambas partes.

En tanto resulta relevante a los fines de la queja en trámite, conviene reseñar los agravios de la parte actora. Ella cuestiona la sentencia porque:

- a) no se diferenció el monto indemnizatorio correspondiente a cada litisconsorte, como se solicitó en la demanda; en atención a las diferentes incapacidades psíquicas ocasionadas a cada uno de ellos;
- b) se omitió indemnizar el valor vida a cada uno de los actores;
- c) no se indemnizó el daño moral a cada litisconsorte;
- d) el monto indemnizatorio por daño psíquico fue insuficiente;
- e) no se dispuso indemnizar por tratamiento psicológico, y
- f) se desestimó el reclamo por gastos funerarios.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió los recursos con el siguiente alcance:

- a) Confirmó la decisión de primera instancia sobre la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557;
- b) Consideró que el gobierno era responsable tanto si se considera el caso como de responsabilidad contractual como extracontractual. La sentencia admitió que la actividad del Sr. M. era riesgosa y que dada la peligrosidad de esas funciones el empleador debió probar acabadamente la configuración de alguna causal idónea para eximirse del supuesto de responsabilidad previsto en el art. 1113, inc. 2º,

del Cód. Civil. También tuvo en cuenta el deber implícito de seguridad del empleador con sus empleados (que la Sala fundó en los arts. 1198, Cód. Civil y 75, L.C.T.) no fue atendido por el GCBA. Consideró que la Administración debió probar, y no lo hizo, que la enfermedad se produjo por una causal que la eximiese de responsabilidad o bien acreditar que cumplió con el deber de garantía respecto de su empleado.

- c)* Dispuso considerar en forma diferenciada la situación de cada coactor;
- d)* Conceptualizó el “valor vida” como la compensación de la pérdida de los aportes patrimoniales (considerados en sentido amplio) que realizaba el causante. Para fijar la indemnización para cada uno de los reclamantes ponderó la edad del Sr. M. a la fecha de su fallecimiento (45 años), su ingreso anual (aproximadamente \$ 12.500), el carácter de principal sostén económico de la familia, “una razonable proyección del potencial de su capacidad para incrementar sus ingresos en el futuro” y la precaria situación económica del núcleo familiar;
- e)* No admitió que el daño psicológico sea un rubro autónomo. Consideró que “en nuestro sistema civil, el daño indemnizatorio sólo puede ser patrimonial o moral”, regulado, el primero, por los arts. 519, 1068, 1069 y concs. del Cód. Civil y, el segundo, por los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil. Por ende, rechazó los agravios referidos a esta cuestión, sin indicar en qué categoría (patrimonial o moral) se consideró el daño psicológico de los actores;
- f)* Fijó la indemnización por daño moral, en atención a la gravedad del hecho dañoso, en \$ 15.000 para la viuda y \$ 20.000 para cada hijo;
- g)* Consideró procedente el agravio respecto del tratamiento psicológico, y dispuso que los “actores sean atendidos en forma gratuita en un hospital público”, para cuyo cumplimiento el Gobierno debe garantizar a los actores las prestaciones profesionales en los términos indicados por el perito psicólogo.
- h)* Admitió la indemnización de los gastos funerarios en la suma de \$ 1.500.

3. La parte actora planteó el recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia por considerar que:

- a)* La sentencia es arbitraria porque no trató el resarcimiento del daño psicológico en forma independiente al incorporarlo “dentro del daño material o moral. Pero lo que es mas grave (...) el fallo es inconstitucional porque no contempla suma justa alguna para reparar el daño moral causado por las lesiones psicológicas”. Afirmó que el monto de la condena “ni siquiera repara[n] el dolor por la pérdida del esposo y padre”. También afirma que el fallo omitió valorar el daño material

causado por el daño psicológico, es decir la consecuencia de las incapacidades psicológicas resultantes para cada uno de los actores.

- b) La decisión también es arbitraria al disponer que el tratamiento psicológico sea realizado en forma gratuita en un hospital público, ya que en atención al domicilio de los actores (Lomas de Zamora) y a la situación hospitalaria de la Ciudad de Buenos Aires, la condena no podrá hacerse efectiva. Además, considera que es derecho de los demandantes elegir a los profesionales de su confianza para recibir atención privada.

Previo traslado a la Procuración General, la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad.

4. Los actores acuden ante el Tribunal mediante el recurso de queja, en el que critican el auto denegatorio por entender que la Sala no atendió las objeciones fundadas que introdujo en su recurso, calificándolas como simples divergencias. Reiteraron, además, los argumentos expuestos en el recurso denegado.

El señor asesor general tutelar dictamina que debe hacerse lugar a la queja y adhirió a los agravios de la parte recurrente porque “en el pronunciamiento (...) se ha omitido considerar los graves daños materiales causados a los actores, como producto de las incapacidades parciales y permanentes que han quedado demostrados en las presentes actuaciones” (fs. 53). Por su parte el señor fiscal general adjunto propone el rechazo de la queja, por los fundamentos que expresa en su dictamen de fs. 58/59.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja planteada por los actores debe ser admitida. Cumple con los recaudos formales de interposición y rebate suficientemente los fundamentos del auto denegatorio dictado por la Sala I de la Cámara. Los defectos que plantea en la sentencia de la instancia anterior (omisión de indemnizar el daño psicológico reclamado y disposición de una condena de imposible cumplimiento) tienen entidad bastante para justificar el planteo de un caso constitucional vinculado con la afectación de la garantía del debido proceso.

2. La intervención del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad no está dirigida a corregir la interpretación del derecho infraconstitucional efectuada en las instancias anteriores —a excepción de los casos en que dicta una nueva sentencia de acuerdo con lo previsto por el art. 31 de la ley 402—. La jurisdicción recursiva habilita al Tribunal a revisar si, en el caso, la ley aplicada y la sentencia se ajustan a los parámetros constitucionales, cuando ello fue materia de oportuno debate ante los jueces de grado.

De tal forma, no corresponde que considere si el “daño psicológico” debe considerarse en forma independiente, como lo pretende el recurrente, o

si, por el contrario, integra el daño material o moral (según el caso), como lo establece la sentencia.

Sí corresponde considerar si la omisión que los actores señalan en el fallo de la alzada (la falta de consideración de la pretensión resarcitoria por daño psicológico) se verifica y, en su caso, si ella afecta sus derechos constitucionales (propiedad, debido proceso), y la denuncia de ineficacia, por la forma en que fue dispuesta, de la condena al Gobierno a brindar asistencia psicológica a los actores, y su vinculación con el derecho a la protección judicial efectiva.

3. El voto del juez Corti, al que adhirió el juez Balbín, efectúa, en lo que ahora interesa, una afirmación que debe ser tenida en cuenta: el daño psicológico no debe resarcirse independientemente del daño patrimonial o del daño moral, o de ambos, según sea la forma en que él incide en la persona afectada (fs. 17 vta.).

Los diferentes capítulos enunciados en la sentencia para indemnizar el *daño patrimonial* son los siguientes: *valor vida* (“la reparación otorgada en concepto de ‘valor vida’ representa la compensación de la pérdida de los aportes patrimoniales, considerados en sentido amplio, que realizaba el fallecido”, fs. 16 vta.), *tratamiento psicológico* (“gastos derivados de los problemas psicológicos que sufren los actores, ya que todos requieren tratamiento terapéutico”, fs. 18), *gastos funerarios* (“erogados por la muerte del Sr. M.”, fs. 18).

En cuanto al *daño moral* (“una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial”, fs. 17 vta.), para establecer la cuantía de su resarcimiento la sentencia tuvo en cuenta “la gravedad del hecho dañoso (el fallecimiento del Sr. M.)” (fs. 18).

4. Ha quedado acreditado (y no ha sido materia de objeciones) que los actores sufren un incapacidad laborativa permanente, como consecuencia de la traumática muerte del Sr. M. La pericia practicada establece los siguientes grados: a) C. B. B., 30 %; b) V. A. M., 15 %; c) C. A. M., 20 %; d) J. G. M., 15 %; M. B. M., 15 %; N. A. M., 12 % y A. M. M., “daño psíquico importante pero de difícil evaluación”.

El análisis de la sentencia no permite advertir en cuál de los diferentes capítulos considerados por la alzada se incluye la indemnización de las secuelas de incapacidad que cada uno de los actores padecen. No integra los diferentes ítems del daño patrimonial ni fue considerado para cuantificar el daño moral. Por ello, es correcta la afirmación del señor asesor general tutelar (anteriormente transcripta) en cuanto a que “se ha omitido considerar los graves daños materiales causados a los actores, como producto de las incapacidades parciales y permanentes que han quedado demostrados en las presentes actuaciones”.

5. Aunque la sentencia admite la necesidad de cubrir los gastos que deberán efectuar los actores para la asistencia psicológica indicada por los expertos, la solución adoptada no parece razonable.

Adviértase que la condena al Gobierno para que brinde atención psicológica gratuita en un hospital público a los actores tropieza con varios inconvenientes:

- a) por una parte, el domicilio de los actores (Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires). Aún en caso de admitirse que su traslado a un hospital de la Ciudad de Buenos Aires no pueda ser censurado, surge manifiesto que deberían preverse los mecanismos para sufragar los gastos de traslados, acompañamiento de quienes deban concurrir, atención de los hijos menores que queden en la casa si es la madre quien acompaña al que concurra al Hospital, etcétera. En suma, la condena al Gobierno a brindar la atención en un hospital, además de aparecer *prima facie* como dificultosa, no satisface el requisito de efectividad de la tutela judicial ni la idea de reparación integral.
- b) por otra, la elección del profesional terapeuta por quienes pueden, legalmente, decidir por sí mismos o por su progenitor si son menores de edad, es conveniente desde la perspectiva del derecho a la salud, constitucionalmente garantizado.

6. No obstante los ponderables fundamentos del voto del juez Corti y la justicia —en general— de la sentencia recurrida, las cuestiones que han motivado el recurso de inconstitucionalidad deben ser admitidas, por las razones indicadas en los precedentes puntos 3, 4 y 5. La omisión de una cuestión y la ineficacia de la solución brindada a otra son agravios aún pendientes de reparación. Por lo dicho, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad

7. La disminución de la capacidad para el trabajo de los actores por razones psicológicas ha quedado demostrada. La fijación del monto indemnizatorio exigiría contar con mayores elementos de juicio, por ejemplo la situación laboral actual de cada uno de ellos, sus ingresos, sus perspectivas de mejora en el futuro inmediato y mediano, etcétera. En el caso de quienes son aún menores de edad, indagar, siquiera especulativamente, sobre su posible proyección en el mundo del trabajo. Aunque la ausencia de esos elementos no impide a los jueces fijar la indemnización correspondiente, si está comprobado el daño (art.148, párr. 2º, CCAyT), en tanto ello exige la valoración de cuestiones de hecho, resulta prudente devolver las actuaciones a la Sala I, con la finalidad de que se expida sobre la indemnización correspondiente a la incapacidad informada por los peritos, suma que deberá adicionar a la que ya ha reconocido a los actores.

8. En cuanto a la reparación debida para atender los gastos que irroque el tratamiento psicológico la alzada deberá indemnizar a cada uno de los actores teniendo en cuenta los hechos establecidos en las instancias de mérito (el valor promedio de sesión, la frecuencia del tratamiento, su duración, la situación particular del niño A. M. para quien la pericia practicada indica la ne-

cesidad de un “tratamiento de estimulación impartido por experta especializada”) y establecer lo necesario para garantizar el tratamiento psicológico grupal de los actores.

Ahora bien, para que el tratamiento psicológico efectivamente se lleve a cabo, en el trámite de ejecución de sentencia, y con la participación del señor asesor tutelar interviniente ante la primera instancia, se establecerá el mecanismo de control más adecuado a ese fin.

9. Por todo lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora y por devolver las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento que amplíe su decisión e incorpore los rubros indemnizatorios indicados en los puntos anteriores. Costas a la demandada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto cumple con los requisitos formales para su procedencia. Sin embargo, como lo expondré, sólo los agravios relativos a la modalidad de ejecución de los tratamientos psicológicos plantean un caso de naturaleza constitucional y, por tanto, la queja debe admitirse parcialmente.

2. Los actores tachan de arbitraria la sentencia por haber omitido fijar una suma resarcitoria por el concepto “daño psicológico”. Más allá de que el encuadre dado por la Cámara no satisfaga las expectativas de los apelantes, lo cierto es que la categorización del rubro como no autónomo no es una decisión sobre la cual pueda avanzar el análisis de este Tribunal en tanto no se encuentren comprometidos principios de raigambre constitucional. En este aspecto, el recurso interpuesto expresa tan sólo una discrepancia de criterio sobre una cuestión de derecho común, materia no comprendida en el recurso interpuesto, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según el punto de vista de los diversos intérpretes.

Corresponde, en cambio, ponderar si el fallo de la Cámara ha omitido considerar el reclamo del concepto en sí mismo. Tal como lo señala el juez Dr. Lozano en su voto, la sentencia de Cámara debe correlacionarse con la primera instancia pues la finalidad de la apelación consiste, precisamente, en la revisión por parte de un tribunal superior de lo decidido en la instancia previa.

Dentro de este contexto, se advierte que la apuntada falta de consideración de los daños psicológicos que produjo la muerte del esposo y padre de los actores, no es tal. En efecto, el voto del juez Corti niega el carácter autónomo del concepto de “daño psicológico” y por ello rechaza el agravio referido a su tratamiento independiente. Mas, si se tiene en cuenta que la jueza de primera instancia había incluido el importe resarcitorio del rubro dentro del daño moral, resulta claro entender que —aun cuando no lo señala expresa-

mente— el voto del magistrado preopinante los deja incluidos dentro de la categoría que se determinara en la decisión de primera instancia.

Por otra parte, esta conclusión resulta avalada no sólo por la lógica del recurso y la medida de los agravios, sino también por el incremento sustancial de los montos determinados por el concepto de daño moral que, además, la sentencia de Cámara atribuye en forma discriminada para cada coactor.

A ello se agrega la circunstancia de que la pericia psicológica, si bien es clara en determinar el porcentaje de incapacidad sobreviniente de cada uno de los miembros de la familia actora, no lo es en cuanto a cuáles de estos daños son permanentes y cuáles son o podrían ser transitorios, cuáles son causados por la muerte del Sr. M. y cuales son concausales con patologías preexistentes (pericia médica psicológica de fs. 291/338 en la cual se advierte toda la gama de situaciones mencionadas, según se trate de los distintos actores). Lo que si resulta claro de la pericia médica psicológica y del informe psicodiagnóstico que la integra (fs. 291/336) es que ninguno de los miembros de la familia, coactores en esta causa, ha podido elaborar correctamente y superar el duelo producido por la trágica muerte del padre y esposo (duelo patológico con diferente manifestación en cada uno de los integrantes del núcleo familiar).

En definitiva, estos argumentos a los que se agrega la falta absoluta de aportes probatorios que permitan ponderar los daños psicológicos desde una cuantificación de daño patrimonial y, teniendo en cuenta que el perito psicólogo de oficio recomienda la realización de un tratamiento de psicoterapia individual y grupal del núcleo familiar destinado a superar o paliar los efectos derivados del trauma provocado por la defunción del Sr. M., al haberse elevado en forma notoria las sumas a percibir en concepto de daño moral, considero que los daños psicológicos fueron englobados dentro de los importes destinados a resarcirlo, sin que exista omisión alguna constitutiva de arbitrariedad, menoscabo del debido proceso legal o de la propiedad (arts. 17 y 18, C.N.).

Por haber llegado a esta conclusión, resulta obvio que la pretensión de los actores en cuanto a una determinación del daño psicológico dentro de la esfera del daño material no puede prosperar, pues ello implicaría la duplicación de la indemnización por esta incapacidad. En suma, no corresponde hacer lugar al agravio referido a la omisión de tratamiento del daño psicológico, por lo que se rechaza la queja en cuanto a este punto.

3. La sentencia de Cámara, en su consid. XXIX, admite que el fallo de primera instancia ha omitido considerar el tratamiento psicológico recomendado por el perito psicólogo en su dictamen, en el cual concluyó que todos los coactores requieren tratamiento terapéutico (fs. 18) tanto individual como grupal (pericia psicológica de fs. 337/338).

El experto de oficio determinó modalidad, frecuencia y duración del tratamiento psicológico recomendado para cada coactor, estimando como costo testigo de cada sesión la suma de \$ 50. (pericia mencionada). Sin embargo, la Cámara dispuso que los coactores fueran atendidos en forma gratuita en un

establecimiento de la demandada, debiendo el GCBA garantizar que dicho servicio se preste en los términos consignados por el perito.

La indemnización así dispuesta, que troca la suma necesaria para afrontar estos tratamientos en prestación en especie, no resulta —a mi juicio— apta para producir una reparación integral de los daños causados.

En efecto, la alternativa dispuesta por la Cámara no valora las dificultades que presentaría el traslado de cada uno de los coactores hacia el hospital, ni los gastos que ello les irrogaría, lo que atenta contra la eficacia concreta de los tratamientos requeridos. Además, y fundamentalmente, la imposición del centro médico en el que se habría de prestar el servicio terapéutico, así como la opción reducida a los profesionales que allí se desempeñen resulta claramente arbitrario y violatorio de elementales principios de la autodeterminación de las personas involucradas en relación con la atención de su salud.

Por lo demás, debo señalar que participo del criterio según el cual, cuando se trata de fijar indemnizaciones que quedan libradas a la sana crítica del magistrado (art. 148, CCAyT), deben explicitarse las razones de hecho ponderadas para arribar al monto que se determina, pues ello hace a la adecuada fundamentación de la sentencia (art. 18, C.N). En este sentido, ni la sentencia de primera instancia ni la de Cámara expresan que se hayan considerado una suma para cubrir los gastos de los tratamientos psicoterapéuticos por lo que no cabe inferirlos incluidos.

Por las consideraciones expuestas corresponde hacer lugar parcialmente a la queja, disponiendo la remisión de las actuaciones a la Cámara a fin de que se estime el costo de los tratamientos psicológicos de las personas mayores de edad y de que se disponga la forma más adecuada de garantizar y controlar la realización del tratamiento con respecto a los menores. Las costas del recurso se imponen por su orden (art. 65, CCAyT).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Quiero aclarar, desde el comienzo, que no pretendo ingresar en la valoración de la prueba del caso, ni en la interpretación del derecho común (infraconstitucional) porque, en el sistema orgánico judicial de la CABA, ello no es tarea que corresponda al TSJ y tampoco constituye la misión del recurso interpuesto, ni del que le sirve de soporte. Por lo contrario, examinaré la sentencia criticada por el recurrente para conocer si ella se sostiene frente a la crítica constitucional —y no frente a cualquier agravio o desacuerdo del recurrente con la misma sentencia—. Ello equivale a confesar que dejaré de lado disconformidades que, en el escrito del recurso, se mezclan con agravios genuinamente constitucionales.

2. Coincido con el voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia Ruiz, con relación al primero de los errores que ella identifica en la sentencia impugnada: el referente al daño psíquico reclamado por cada uno de los actores. En efecto, la sentencia en crisis (véase fs. 17 vta.), luego de ofrecer un

análisis conceptual del daño psíquico, acierta, por lo menos a mi juicio, acerca de que él se puede traducir en una incapacidad, en sentido amplio (daño patrimonial) o en un sufrimiento (daño moral). A la par, los camaristas parecen entender que, en el caso, la prueba revela ambos extremos. Sin embargo, del punto XXVIII de la sentencia criticada (expediente de la queja, fs. 17 vta./18) y de los puntos XXV y XXVI de la misma sentencia (expte. de la queja., fs. 16 vta./17) se desprende que lo indemnizado es, por una parte, lo que la misma sentencia denomina “valor vida” y, por la otra, aquello que la sentencia denomina “daño moral”: la suma del “valor vida” y del “daño moral” coincide con el dispositivo de la sentencia (véase expte. de la queja, punto XXXIII a, fs. 18 vta.). De esta sencilla explicación, es fácil inferir que el daño psíquico reclamado —que *no es el valor vida*, aunque pueda concurrir con él en un único “daño patrimonial”, sin necesidad de que se acepte su autonomía como rubro indemnizable, *ni es el daño moral*, aunque se reputé subsumible en esta categoría— no aparece resarcido en la sentencia —al menos aparentemente—, lo que conduce a un yerro jurídico del decisorio: la falta de correlación entre lo pedido por la actora y lo decidido por la propia Cámara (principio de defensa, art. 18, C.N. y 13, inc. 3º, CCBA). No se trata, en las decisiones de los jueces, tan sólo de resolver conceptualmente el problema sino, antes bien, de darle una solución práctica para quien demanda, tenga él o no tenga derecho al reclamo.

Como la valoración de aquello que debe o no debe concederse a la parte actora según la explicación del punto XXVII de la sentencia criticada (véase expte. de la queja, fs. 17 y vta.) depende de una cuestión de hecho, que el Tribunal no debe resolver, corresponde casar la sentencia en este aspecto y devolverla al tribunal para que dé solución a este punto de conformidad con el reconocimiento del daño psíquico (carente de autonomía conceptual a su criterio, mas no de entidad como aspecto resarcible bajo el rubro “valor vida”, “daño moral”, o ambos). Ello no significa revocar el apartado a del dispositivo propuesto bajo el numeral XXXIII sino, por lo contrario, adicionarlo si así conviniera, como parece desprenderse de la sentencia en crisis, a la prueba que se valora.

3. El dispositivo de la sentencia consta, como se dijo en el punto XXXIII (expte. de la queja, fs. 18 vta.). Allí observo que su punto c condena al GCBA a “garantizar la prestación de las sesiones terapéuticas necesarias para tratar los problemas psicológicos que sufren la Sra. B. y sus hijos” (problemas que, se entiende, son aquellos revelados por el perito psiquiatra). Ello relega a un mero *obiter dictum* intelectual la consideración del fallo criticado, en sus fundamentos, acerca de que no existiría impedimento para atender esta prestación en un hospital público. En verdad, el punto dispositivo de la sentencia (véase fs. 19 vta.), que remite a la propuesta del punto XXXIII, sólo contiene la condena de atender las deficiencias psíquicas que requieren tratamiento y,

por ello, notifica al secretario de salud del GCBA. Tal dispositivo no contiene, en principio, ni el quién ni el cómo de la asistencia terapéutica, realidades futuras sobre las cuales pueden coincidir los actuales derechohabientes y el Gobierno condenado, o pueden ellos mismos formular sus propios proyectos, discordantes, con el objeto de que el juez que ejecuta la sentencia resuelva cuál de ellos se adecua mejor a la prestación debida. Nada hay que justifique la crítica del dispositivo en este aspecto.

4. Según se observa, del dispositivo de la sentencia no se revoca por este voto ninguna de sus precisiones. La causa sólo regresa a la Cámara para que ella fije el valor del daño psíquico que reconoce conceptualmente, y lo agregue a los demás daños.

En atención a que el recurso de inconstitucionalidad prospera parcialmente, las costas deben ser soportadas por su orden.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. El primer agravio de la recurrente se construye a partir de la pretendida omisión de la Cámara a la hora de tratar la solicitud de indemnización del daño psicológico sufrido por la Sra. B. y sus seis (6) hijos, debido a la muerte de N. M. M., esposo de la primera y padre de los demás.

Corresponde señalar que en la sentencia objetada se dispone que el daño psicológico no es una categoría autónoma, sino que formará parte del daño patrimonial o del daño moral según la naturaleza de las consecuencias que genere. De esta manera, si las lesiones psicológicas afectan el bienestar espiritual o sentimental de la víctima, dicha afectación deberá ser indemnizada como daño moral. Si, en cambio, los daños psicológicos ocasionan un empobrecimiento o una pérdida de ganancias para la víctima, se deben considerar dentro del daño patrimonial (punto XXVII del decisorio).

Tal fue el encuadre que la Cámara otorgó a la pretensión. Así, desechó la idea de otorgar como concepto autónomo una indemnización por daño psicológico y, según puede inferirse del voto del señor juez preopinante, Dr. Horacio G. Corti, apreció las diversas secuelas psicológicas acreditadas en cada uno de los miembros de la familia del Sr. M., al tratar el daño moral experimentado.

En consecuencia, más allá de su acierto o error, el pronunciamiento objeto de reproche en este punto se encuentra fundado y razonado a partir de las circunstancias comprobadas de la causa y los agravios propuestos por la parte interesada.

Sólo deseo agregar al respecto que, en mi concepto, el principio general que rige la materia puede sintetizarse de la siguiente forma: las alteraciones o secuelas psicológicas que padece la víctima con motivo del hecho ilícito son indemnizables cuando derivan en una incapacidad.

Atento a lo controvertido que resulta la cuestión de la inclusión del daño psicológico como rubro autónomo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

dencia, lo que corresponde verificar en cada caso es si quien reclama indemnización por ese concepto, efectivamente, ha visto alterada su personalidad de base con motivo del hecho ilícito. En este sentido, “(n)o debe perderse de vista que la ‘guerra de las etiquetas’ o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la ‘guerra de autonomías’ o debate sobre si esos daños integran la categoría los daños morales o patrimoniales, o, por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, *RDPC*, t. 1, n° 23, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 39). //Y es que, en definitiva, lo que realmente interesa es permitir al damnificado permanecer en la misma situación que tenía con anterioridad al hecho dañoso, por lo que a ello debe apuntarse con independencia de los términos o expresiones utilizados (conf. “C., L. A. c/Microómnibus Norte S.A. y otro”, *CNCiv.*, Sala H, sentencia del 27/6/2000, *LL*, 2001-A, 637).

2. En cuanto al agravio referido a la pretensión indemnizatoria destinada a cubrir los gastos generados por el tratamiento psicológico que deben realizar los actores —véase informe del perito de oficio, obrante a fs. 337/338 de los autos principales—, coincido con las Dras. Ruiz y Conde en cuanto concluyen que la solución del *a quo* ha omitido considerar extremos conducentes para resolver el punto y, por ello, presenta una fundamentación lábil que, por su fragilidad, resiente el derecho de propiedad y menoscaba tanto el debido proceso como la garantía de la defensa en juicio (arts. 17 y 18, C.N.).

Es claro que la Cámara abordó como un rubro separado de los restantes la cuestión del resarcimiento en concepto de gastos por tratamiento psicológico. Al destacar que el reconocimiento de esas erogaciones derivadas de los problemas psicológicos que sufren los actores había sido omitido por la señora jueza de grado, el tribunal *a quo* consideró que “no existe impedimento para que los actores sean atendidos, de forma gratuita, en un hospital público (...) y, en consecuencia, el Gobierno local deberá garantizar a la actora la prestación de los servicios requeridos en los términos descriptos por el perito psicólogo” (véase punto XXIX de la sentencia de la Cámara).

Por su parte, el perito designado de oficio, Dr. Mariano Castex, determinó las modalidades y duración de todos los tratamientos psicológicos recomendados para cada uno de los miembros de la familia —estimando el costo de la sesión en la suma de \$ 50— (conf. pericia de fs. 337/338).

Así las cosas, tengo para mí que la sola aseveración de que “no existe impedimento” para que la viuda y sus hijos sean atendidos en el hospital público, de forma gratuita, constituye un giro discursivo de extremada latitud que no se hace cargo de manera satisfactoria de las circunstancias del caso y a la vez conjuga una omisión significativa en la consideración de extremos fácticos y probatorios relevantes de la causa (conf. CARRIÓ, Genaro R., y

CARRIÓ, Alejandro D.: *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, t. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 185 y ss.).

Por ejemplo, sin que la enunciación pretenda ser exhaustiva, se advierte que en la sentencia no se ha hecho mérito de las siguientes circunstancias: *a)* los actores residen en el partido de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, a una distancia no despreciable de los hospitales públicos de la Ciudad que podrían brindar la atención psicológica requerida; *b)* el perito ha recomendado la realización de tratamientos tanto individuales como grupales —con las dificultades que ello importará a la hora de los traslados de los actores, varios de ellos todavía menores de edad y que presumiblemente deberían viajar con un acompañante—; *c)* como regla general, y mientras no se compruebe la irrazonabilidad de los gastos, los actores tienen derecho a ser atendidos con el profesional de su elección que más confianza les merezca (conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Resarcimiento de daños*, t. 2, Daños a las personas [Integridad psicofísica], pp. 115 y ss., Hammurabi, Buenos Aires, 1996 y jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —véase “Barraza, Rita Aurora c/Devovasoux, Alejandro y otro s/daños y perjuicios”, del 16/12/1993, y “Cascudo, Carlos María c/Romano, Héctor Gregorio y otros s/daños y perjuicios”, del 28/12/1995, ambos de la Sala C, así como “S., J. L. c/T.B.A.”, del 19/12/2000 y “Poncini, Jorge Alberto y otros c/Bergamini, Carlos y otros”, del 2/12/2003, ambos de la Sala I, entre otros).

Por las consideraciones expuestas, estimo que corresponde: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de queja interpuesto por los actores; *b)* dejar parcialmente sin efecto la sentencia apelada y devolver el expediente para que el tribunal *a quo* resuelva con arreglo a lo expresado en este pronunciamiento el punto relacionado con los gastos requeridos por los actores en concepto de tratamiento psicológico.

Las costas del recurso de inconstitucionalidad se deben distribuir en el orden causado por existir vencimientos recíprocos, con la aclaración de que los actores gozan del beneficio de litigar sin gastos (art. 78, CCAyT).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja no muestra que el recurso de inconstitucionalidad haya sido mal denegado.

2. La sentencia recurrida revocó parcialmente el pronunciamiento de primera instancia y condenó al GCBA a indemnizar los rubros, valor vida, daño moral y gastos funerarios (fs. 18vta.). Los recurrentes aducen que dicha decisión es arbitraria, vulnera el derecho de propiedad y defensa en juicio, toda vez que les ha sido reconocido el daño psicológico mas no se lo ha indemnizado.

Para que la omisión objetada permita descalificar al fallo impugnado como decisión jurisdiccional válida, la falta de resarcimiento del rubro re-

querido debería estar relacionada con un daño cuya existencia estuviera acreditada en la causa y responder a una pretensión, o un agravio, que de manera expresa hubiera solicitado su reparación, conforme a pautas concretas que permitieran valuar la indemnización pretendida. Vale recordar, en estas circunstancias, que el factor que esencialmente determina cuáles son las cuestiones que debe dilucidar una sentencia, y cuál el nivel de detalle o precisión con que debe hacerlo, es la argumentación de las partes, y más precisamente, en lo que nos ocupa, la del apelante.

La doctrina de la arbitrariedad no ha sido elaborada para corregir sentencias que puedan estimarse erradas, y menos aún poco detalladas o con algún eventual déficit expositivo, 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. No muestra el recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

3. El pronunciamiento impugnado tuvo, entonces, como límite el contenido de los agravios con que la parte actora devolvió jurisdicción a la segunda instancia. Así, el control que ejerció el *a quo* sobre la sentencia de primera instancia se orientó, por un lado, a responder las críticas planteadas en la apelación, y como consecuencia de ello, a modificar el pronunciamiento en aquellos aspectos que no superaron las objeciones imputadas y, finalmente, a confirmar los que, a su juicio, resistían el embate de los recurrentes. Por tanto, la sentencia de la Cámara debe ser leída como correctivo y complemento de la decisión de primera instancia. El magistrado de grado, en lo que ahora importa, hizo “parcialmente lugar a la demanda (...) ordenando pagar la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000) en concepto de integración por ley 24557”, además, luego de señalar que “[e]s contundente el informe del perito (...) sobre el daño psicológico que la pérdida familiar ha ocasionado” y de, en honor a la brevedad, remitirse “a lo dicho (...) por el experto (...)” también hizo lugar al reclamo en concepto de daño psicológico que calculó como parte del moral en la suma de \$ 20.000 para todo el grupo familiar en conjunto (fs. 3/7). Por su parte, la Cámara acogió los agravios de la parte actora de modo tal que discriminó los importes correspondientes a cada uno de los litisconsortes lo que produjo en definitiva un incremento del monto indemnizatorio total acordado que se elevó de \$ 320.000 a \$ 351.000. Para fundar su decisión, en relación con el rubro daño psicológico, reparado de manera insuficiente según los recurrentes, sostuvo que “en nuestro sistema (...), el daño indemnizable sólo puede ser *patrimonial o moral* (...) las lesiones a la integridad psicofísica (...) constituyen formas de lesividad, que podrán generar —según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones de sus consecuencias (patrimoniales o espirituales)— daño *patrimonial* o daño *moral* (o ambos) (...) el daño psicológico no es una categoría autónoma, sino que formará parte del daño patrimonial o del daño moral según las consecuencias que genere”. A partir de ello, confirmó la decisión de primera instancia en cuanto incluyó

dentro del concepto de daño moral la reparación del daño psicológico que se tuvo por acreditada, conforme al peritaje, como afección de naturaleza espiritual, aunque elevó considerablemente el importe otorgado (de \$ 20.000 lo elevó a un total de \$ 135.000). También hizo lugar al rubro valor vida, discriminándolo para cada uno de los actores. Es decir, en lo que ahora importa, la Cámara elevó la indemnización pero mantuvo los rubros acordados como resarcimiento. Ello implica que los agravios articulados por la actora resultaron aptos para lograr que el *a quo* tuviera por acreditado el daño psicológico que en la clasificación de la Cámara reviste naturaleza exclusivamente espiritual y aumentara la reparación asignada en tal concepto. En cambio, fracasaron para generar convicción en torno a la existencia de daño psicológico de naturaleza patrimonial conforme a la referida clasificación de la Sala I en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Recuérdese, según quedo dicho, que la sentencia de primera instancia consideró que el peritaje demostraba de manera contundente un daño psicológico reparable como parte del moral, criterio que confirmó la Cámara luego de rebatir los agravios de la actora tal como ella los propuso. Esto es vinculado con la autonomía del daño psicológico y, sin mencionar por qué era irrazonable valorar el informe técnico tal como lo hizo la instancia de mérito. En otras palabras, frente a los argumentos de la actora la Cámara consideró necesario aumentar la reparación por daño moral, comprensivo del psicológico espiritual, mientras que no se vio obligada, en función de los agravios desarrollados por la accionante, a modificar la valoración probatoria efectuada en primera instancia.

Para que la denuncia de arbitrariedad pudiera progresar, los recurrentes debían acreditar que la Cámara, al indemnizar como parte del daño moral exclusivamente el daño psicológico de naturaleza espiritual, se apartó injustificadamente de las constancias probatorias de la causa así como del alcance con el que, desde la demanda, habían sido definidos los daños cuya reparación se le negó ilegítimamente o, si se prefiere, concedió de manera parcial sin fundamento válido. La ausencia de argumentación tendiente a relacionar los resultados del peritaje psicológico con una pérdida de ganancia de carácter patrimonial hizo que la Cámara no necesitara formular un desarrollo mayor que el de los agravios propuestos para resolver el punto. También faltan por completo los cálculos destinados a traducir en términos pecuniarios las pérdidas generadas por los supuestos daños psicológicos de carácter patrimonial. Ese déficit, que en su momento no obligó a la Cámara a avanzar sobre aspectos no incluidos realmente en el debate, imposibilita ahora considerar que la sentencia impugnada es insostenible por no haber desarrollado argumentos vinculados con planteos en verdad inexistentes. El modo en que la parte actora expresó sus agravios ante el *a quo* definió la nómina de cuestiones a revisar. Los recurrentes no muestra que la Cámara haya omitido expedirse en relación con alguno de los agravios oportunamente (o efectivamente) planteados, por tanto, la denuncia de arbitrariedad expresa su mera disconformi-

dad con el fallo atacado sin exhibirlo como insostenible. En realidad, los actores pretenden que el Tribunal valore cuestiones de hecho y prueba, ajenas a su competencia, sin haber probado que la ponderación de las constancias probatorias formulada por la Cámara es irrazonable. Así las cosas, no hay relación directa entre la sentencia impugnada y el derecho de defensa invocado porque ese pronunciamiento cuenta con fundamentos suficientes para sostener una decisión que resuelve las pretensiones tal como fueron articuladas por la accionante.

4. En cuanto a la arbitrariedad de la sentencia por afectación del derecho de propiedad, los recurrentes debieron probar, para que progresara su planteo, que el pronunciamiento atacado no englobó un monto que pudiera contener una reparación suficiente acorde a su reclamo; o lo que es lo mismo, que el mínimo de lo que el *a quo* debió reconocerles, según las constancias del expediente, por todo concepto, supera la suma total de la condena.

Comencemos por examinar qué conceptos caben dentro del importe otorgado para el daño moral. El costo del tratamiento psicológico indicado por el peritaje, sería de aproximadamente \$ 5.000, indistintamente para cualquiera de las víctimas. Así, el perito lo fija para la viuda en “(...) una sesión semanal, durante un lapso aproximado de dos años, teniendo en el momento actual cada sesión un costo promedio de \$ 50.(...)” y para el resto de las víctimas reitera la conveniencia de adoptar un tratamiento igual al indicado para su progenitora —viuda—, excepto para el más chico en el que encuentra un retardo madurativo de difícil evaluación, el que mantiene una relación causal entre su padecimiento y el de su madre, dependiendo su evolución de un tratamiento impartido por una experta especializada. El importe referido cabe con creces en el rubro daño moral que fue estimado en \$ 15.000 (para la viuda del causante) y en \$ 20.000 (para cada uno de los hijos, aun el más pequeño cuya edad al momento del fallecimiento era de 1 año).

En cuanto a los porcentajes de afectación psíquica, que según el perito, presentan los actores por la muerte del Sr. M., los interesados nunca practicaron los cálculos, ni siquiera dieron las bases sobre las que pretendían traducir aquellos en términos pecuniarios. En tal sentido, no se han brindado argumentos que autoricen a descartar que el perjuicio espiritual —producto del daño psicológico— que padecen las víctimas no quedó contemplado dentro del monto que la Cámara otorgó bajo el título daño moral. Los montos otorgados individualmente en concepto de dicho rubro, arrojan un resultado final de \$ 135.000, que supone haber elevado el que fuera otorgado en primera instancia, bajo el título de daño psicológico y daño moral, en un 675 %.

Por su parte, la referencia al tratamiento gratuito a brindar por los centros de atención médica dependientes del GCBA, no es sino una ponderación que la Cámara hizo explícita, sin que ello implique de manera alguna en suceso de un reconocimiento monetario.

Todo lo dicho importa entender, tomando la hipótesis más favorable para los apelantes, que en todos los casos fueron valoradas las consecuencias de la incapacidad invocada, dejando un amplio margen para el dolor cuya expresión indemnizatoria asumo como distinta a los fines de examinar los agravios.

5. A su turno, el monto al que arriba la Cámara en concepto de valor vida, sumando los montos indemnizatorios otorgados a todas las víctimas, es de \$ 210.500. Para llegar al importe otorgado, teniendo en cuenta que el ingreso anual del causante era, según el *a quo*, de aproximadamente \$ 12.500, y que cabe asumir como tasa de interés el 6 % anual, ese importe de \$ 210.500 corresponde a 393 cuotas mensuales, descontadas al interés indicado del 6 % anual vencido. Es decir —en base a este análisis conjetural— que el causante debería haber trabajado aproximadamente 30 años más para reunirla, por otro lado, si la tasa de interés que se aplicara fuera compuesta, los períodos mensuales para llegar a la suma otorgada se dispararían de una manera exorbitante, prueba de ello es que recién a los 2.542 meses llegaría a un monto de \$ 201.168,29. Lo que mueve a pensar que al momento de liquidar este rubro, la Cámara tuvo en cuenta no sólo el monto que ingresaba al núcleo familiar, sino también las situaciones particulares de los actores y lo que en palabras del *a quo* se traduce en “(...) privilegia(r) la apreciación de las circunstancias cualitativas del caso por encima de las pautas matemáticas concretas (...)”. Nada indica que el importe concedido resultaría insuficiente, incluso, para contener aquello que los accionantes pretenden como daño psíquico material. Prueba de ello, es que les otorgó sumas indemnizatorias en concepto de valor vida a los dos hijos mayores del causante (18 y 21 años respectivamente), aun cuando tuvo por acreditado que trabajaban, situación que no encuentra otro fundamento, teniendo en cuenta las edades que tenían —especialmente la mayor— y el monto que les fue otorgado, que haber valorado la situación particular de cada una de las víctimas. Refuerza el punto el hecho de que el cálculo realizado por el *a quo* supera holgadamente el plazo de expectativas laborales que tenía el causante, teniendo en cuenta que al fallecer tenía 45 años. El recurso intentado no logra desvirtuar tal posibilidad pues no se hace cargo de dicho análisis. Por otro lado y, en la misma línea, cabe apuntar que no todas las víctimas estaban en condiciones de producir dinero como fruto de su trabajo, por ejemplo, el menor, de 1 año (al momento del infortunio) no tiene un perjuicio por pérdida de ingresos, sino, podemos suponer, en su capacidad escolar.

Si buscáramos establecer el valor actual, a modo de ejemplo, de una pérdida del 30 % de los ingresos de la Sra. C. B. B. —viuda— quien según surge de la sentencia de Cámara es ama de casa, no nos quedaría otra opción que tomar como base para el cálculo los ingresos del causante los que rondaban en \$ 961, lo que nos da \$ 288,3, fácilmente absorbible por el importe total de \$ 50.000 que le fue otorgado, bajo el título valor vida, una muestra de esto es que al limitarlo a los 2 años que dura el tratamiento, más allá de los efectos

que produzca éste en la víctima, llegamos a un monto de \$ 6919,2, el que holgadamente puede estar incluido, como ya dije, en los \$ 50.000 otorgados, consecuentemente, los recurrentes no esgrimen ninguna defensa tendiente a demostrar lo contrario.

Igual apreciación cabe para cada uno de los demás actores, los que padecen en todos los casos una limitación psíquica menor que la prescripta para su progenitora.

6. Por lo expuesto y por lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general adjunto, concordantemente con lo dictaminado por el señor asesor general tutelar, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por los actores.

2°. *Remitir* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones a fin de que amplíe su pronunciamiento y adicione a la sentencia condenatoria, el monto necesario para atender los gastos que irrogue el tratamiento psicológico de los actores, con arreglo a lo expresado en esta sentencia.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

LXXII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 6— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN:
‘LURASCHI, CARLOS ALEJANDRO S/INF. ART. 38, CÓD. CONTRAV.’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Medidas
adoptadas durante el trámite del proceso. Sentencia definitiva**

Expte. nº 4355/05 - 3/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensora de Carlos Alejandro Luraschi interpuso un recurso de queja (fs. 58/70 vta.) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 50/2 vta.) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 36/45 vta. Este último —en lo que aquí interesa— había sido presentado contra la sentencia confirmatoria de la resolución (fs. 18/vta.) que, por un lado, declaró válida la decisión del fiscal de no acordar la suspensión del juicio a prueba y, por el otro, rechazó la solicitud de la defensa, en cuanto a que —antes de resolver la cuestión— se debía convocar a la audiencia prevista en el art. 293, CPPN.

2. En su recurso de inconstitucionalidad la defensa sostuvo que en esta causa se había afectado la garantía del debido proceso, el sistema acusatorio y el principio de igualdad ante la ley. Resumidamente, consideró inválido el rechazo de su pedido de suspensión del juicio a prueba porque aquél sólo se fundó en la negativa del fiscal a prestar acuerdo (con base en lo que oportunamente le manifestara la víctima) y en que el juez de garantías no había efectuado —antes de resolver— la audiencia que regula el art. 293, CPPN.

Asimismo, la defensa argumentó que la resolución cuestionada le genera un agravio de imposible reparación ulterior debido a que su defendido no podría replantear la suspensión del juicio a prueba en ninguna otra oportunidad; por ello, sostuvo que aquella decisión constituye una sentencia definitiva del tribunal superior de la causa, en los términos del art. 27, ley 402.

3. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 76/vta.), compartió la decisión de los jueces de Cámara. Consideró, en definitiva, que la queja debía ser rechazada porque el recurso de inconstitucionalidad que pretende defender no se dirige contra una decisión de carácter definitivo.

Además, sostuvo que —de todas maneras— el recurso de inconstitucionalidad tampoco podría prosperar porque en él se intenta dar naturaleza constitucional a un instituto de raíz exclusivamente legal, cuestionando facultades exclusivas del Ministerio Público Fiscal.

4. A fs. 81 los cotitulares de la Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6 informan que con fecha 7/4/2006 fue concedido el beneficio de litigar sin gastos promovido a favor de su defendido y acompañan copia certificada de la resolución que así lo dispuso (fs. 80).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402. Asimismo, él contiene una descripción de los hechos principales de la causa y critica la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad intentado.

Sin embargo, la queja no puede prosperar porque los argumentos que la defensora presenta al TSJ para que admita su recurso de inconstitucionalidad no logran derribar las razones que dio la Cámara al declararlo inadmisibile.

2. Cabe reiterar que, en principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, Cód. Contrav. —nulidad— apelación’”, expte. n° 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas). Por ese motivo, la defensora debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que logran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla y que, por lo tanto, el juicio de admisibilidad que realizaron los miembros de la Sala II resultó equivocado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución que contiene el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propone no hacer lugar a la queja interpuesta por la defensora oficial del imputado Carlos Alejandro Luraschi.

2. El presente recurso fue interpuesto por la defensa contra la sentencia de la Cámara que confirmó la resolución de primera instancia por la cual se rechazó su impugnación a la decisión del Ministerio Público Fiscal de no acordar la suspensión del juicio a prueba.

Este Tribunal ha expresado en numerosas oportunidades que “(l)as decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402” (conf. TSJ *in re* “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° 3338/04, sentencia del 1/12/2004, entre muchos otros).

Asimismo, tal como lo explican el señor fiscal general adjunto en su dictamen y la señora jueza de trámite, la resolución que se intenta impugnar tampoco puede ser equiparada a una sentencia definitiva, toda vez que el recurrente no logra demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

3. En lo que hace al pago del depósito de la queja, toda vez que el recurrente ha acreditado haber obtenido un beneficio de litigar sin gastos, el mismo no resulta exigible (art. 34, párr. 2°, ley 402).

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del Dr. José O. Casás y a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar a la queja interpuesta a fs. 58/70 vta.*

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

LXXIII

“UACF Nº 24 S/SOLICITUD DE ALLANAMIENTO
EN LA CALLE VELAZCO 996 (HOTEL) (INCIDENTE
DE COMPETENCIA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Orden de allanamiento. Obstrucción de inspección ocular. Infracción al régimen de faltas. Unidad Administrativa de Control de Faltas. Competencia del fuero contravencional y de faltas

Expte. 4644/06 - 3/5/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

I. El 3 de febrero de 2006 la señora controladora de Faltas a cargo de la Unidad nº 24, ofició al fiscal general adjunto con motivo del acta de infracción N 2-00929126, “a fin de poner en su conocimiento que el responsable del local sito en Velazco 996 de esta Capital, habilitado como hotel, ha obstruido la inspección al lugar”. En razón de lo expuesto “solicit[ó] al fiscal contravencional en turno de la zona que corresponda una orden de allanamiento a los fines de realizar la debida inspección, que se hará coordinadamente con la Dirección General de Fiscalización y Control” (véase fs. 3/5)

Remitidas las actuaciones a la Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 7 (fs. 2), su titular pidió a la Mesa de Entradas de la Cámara del fuero la

desinsaculación del “juzgado que deberá realizar la diligencia peticionada” (fs. 5), asignación que recayó en el Juzgado Contravencional y de Faltas N° 19 (fs. 7)

2. El 13/2/2006 el juez Contravencional y de Faltas N° 19 (fs. 8) declaró su incompetencia y decidió remitir las actuaciones al fuero contencioso administrativo y tributario. Sostuvo a esos efectos que la medida se requería para “obtener el ingreso de representantes de la administración a un inmueble habilitado como hotel a fin de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, es decir, el Gobierno de la Ciudad a través del organismo pertinente pretende ejercer el poder de policía que la ciudad le ha otorgado...”, y citó la doctrina del Tribunal en el precedente “GCBA c/propietario u ocupante inmueble C. Arenal 4612 UF 1 y 3 s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora s/conflicto de competencia”, expte. n° 3416/04.

3. Recibido el expediente en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12, y previa intervención del señor fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 que propugnó la competencia del fuero contravencional por considerar que se “procura la obtención de una orden de allanamiento para realizar una inspección, y no se trata de ejecutar un acto administrativo dictado en ejercicio de policía administrativa” (fs. 12), la señora jueza titular del citado tribunal se remitió a los argumentos del dictamen fiscal, se declaró incompetente y devolvió los autos al fuero Contravencional y de Faltas (fs. 13).

4. A fs. 22, el magistrado previniente consideró que “en virtud de las constancias obrantes en autos no parece surgir la urgencia en la medida solicitada, y resolvió “no hacer lugar de momento al pedido de allanamiento solicitado... por la controladora administrativa n° 24 de la UACONF... dar por trabada la cuestión de competencia... y, en consecuencia, remitir las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que dirima el conflicto...”.

5. El fiscal general adjunto dictaminó a fs. 30/31 que es competente el juzgado en lo contravencional y de faltas n° 19 por considerar que el acto jurisdiccional por medio del cual se rechazó el allanamiento en cuestión tuvo por “virtualidad fijar la competencia de dicho fuero para entender en estas actuaciones”.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. En oportunidad de emitir mi voto en el expte. n° 4514/06, “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1°, 2°, 3° y 4° s/conflicto de competencia”, resolución del 15/3/2006, me referí en profundidad acerca de los criterios que deben tenerse en cuenta para resolver conflictos negativos de

competencia trabados entre los juzgados en lo Contravencional y de Faltas y los del fuero contencioso administrativo y tributario, en orden a los pedidos de allanamiento instados por la administración.

Allí sostuve, en lo que ahora importa, que los allanamientos según las finalidades y competencias que aparezcan involucradas en cada pedido, pueden ser dispuestos por dos vías distintas que corresponderán respectivamente al fuero contravencional y de faltas o al contencioso administrativo y tributario. Para distinguirlas se debe determinar si el allanamiento tiene por objeto que una autoridad judicial reúna prueba a fin de constatar una posible infracción al régimen de faltas o intenta ejecutar un acto que exige intervención judicial, distinto de la constatación de una falta, aun cuando de él pueda surgir la prueba de su comisión.

2. En el *sub examine* los elementos de juicio obrantes en la causa para resolver el conflicto de competencia planteado, a la luz de los criterios aludidos, son de momento insuficientes (no hay copia de la actuación administrativa que culmina con la intervención de la UACF). La orden de allanamiento fue pedida al fiscal contravencional por *obstrucción de inspección* (conducta penada por el régimen de faltas en el art. 9.1.1), pero se agregó que la medida en cuestión se solicitaba “a los fines de realizar la debida inspección, que se hará coordinadamente con la Dirección General de Fiscalización y Control” (fs. 3).

En tal contexto, haber dirigido el pedido de allanamiento, a través de la UACF, al fuero contravencional y de faltas en relación con la obstrucción denunciada impondría la necesidad de atribuir competencia a ese fuero para que decida acerca de la procedencia de la medida requerida orientada, por regla, a colectar prueba vinculada con la falta denunciada cuya verificación y sanción, en definitiva, quedará sujeta al control del propio fuero contravencional a instancia del infractor. Por otro lado, la ausencia de invocación, en el pedido de allanamiento, de acto alguno emanado de la administración tornaría injustificada la intervención del fuero contencioso administrativo y tributario (conf. mi voto *in re* “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889...” ya citado).

3. Sentado lo anterior corresponde señalar que el juez contravencional rechazó el pedido de allanamiento. A esta altura, entonces, la pretensión articulada quedó resuelta por el magistrado competente. Ello sin perjuicio de lo que pudiera corresponder si la actividad futura de la Administración modifica la base tenida en cuenta para resolver.

En atención a que la competencia debe decidirse en función de los elementos colectados en el expediente y ante la indeterminación apuntada, me inclino —de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal en “Digur S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia”, resolución del 2/4/2004, en lo que es aplicable— por atribuir la competencia al juez

que previno, esto es, al señor magistrado en lo Contravencional y de Faltas N° 19, a quien deberá devolverse las actuaciones a sus efectos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto la solución del señor juez de trámite por los fundamentos que expusiera en mis votos en los precedentes “Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317 CABA por presunta infracción art. 54, Cód. Contrav. s/conflicto de competencia”, expte. n° 4498, resolución del 13/3/2006 y “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889 PB 1°, 2°, 3° y 4° s/conflicto de competencia”, expte. n° 4514, resolución del 15/3/2006.

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

Coincidimos con la solución propiciada por los jueces preopinantes y con los fundamentos concordantes del fiscal general adjunto (fs. 30/31). En efecto, en este caso, se impone asignar competencia al Juzgado Contravencional y de Faltas N° 19 que previno y a los efectos que allí se crean convenientes. Ello así, por cuanto, la solicitud de allanamiento que nos convoca reconoce su origen en la presunta infracción al régimen de faltas (“obstrucción de inspección” prevista en el art. 9.1.1, de la ley 451) y fue demandada en el marco de un sumario administrativo que tramita ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas, el que, por cierto, podrá ser examinado por el magistrado previniente, si esa fuera la voluntad del administrado. Cabe tener presente, además, que el allanamiento ha sido rechazado con carácter previo por ese tribunal, y que el objeto concreto de la petición expresada por la administración, en principio, se habría agotado con tal pronunciamiento; sin perjuicio de los futuros allanamientos que pudieran recaer sobre el inmueble de marras.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Quiero advertir acerca de la opinión que he dado al votar en la causa “Alberti, Solange Herminia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia” (expte. n° 2128/03, resolución del 3/3/2003), opinión que he reiterado en sentencias posteriores. Ella sólo acepta resolver las cuestiones de competencia entre tribunales de mérito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una cuestión menor, que no ha sido establecida para el Tribunal como competencia constitucional, y que éste sólo toma a su cargo por razones prácticas —básicamente, “(...) en homenaje a la necesidad de conceder a los ciudadanos un acceso verdadero a los órganos judiciales para plantear sus problemas, tengan o no tengan razón (...)” (conf. causa “Alberti”, punto 1 de mi voto).

2. No resulta clara en la legislación local la división entre el derecho de faltas, el procedimiento administrativo sancionatorio y el ejercicio de poder de policía por parte de la Administración. Buscar un límite exacto, una línea

divisoria que quizá no exista, pues es posible concebir cierta competencia compartida o genérica, y desperdiciar en ello tiempo y esfuerzo dignos de mejor tarea, me parece irracional. En este caso, el juez que previno decidió pronunciarse sobre la razón del requerimiento efectuado por la Administración, puesto que “llegados a este punto y sin que ello implique la asunción de la competencia declinada por mi colega, es que estimo corresponde, en tanto este juzgado ha sido el primero en prevenir, resolver la medida solicitada” (conf. fs. 24). A tal efecto, el juez en lo contravencional y de faltas decidió “no hacer lugar de momento al pedido de allanamiento solicitado por la Dra. Mariana P. Tognetti, controladora administrativa n° 24 de la UACF” (conf. fs. 24 vta.). Con estas actuaciones se agotó toda intervención judicial en el marco del pedido en cuestión, puesto que ello ocurre tanto cuando la solicitud es concedida en favor de la Administración (conf. mi voto *in re* “Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317 CABA por presunta infracción art. 54, Cód. Contrav. s/conflicto de competencia”, expte. n° 4498/05, sentencia del 13/3/2006) como cuando el juez requerido rechaza esa concesión (conf. mi voto en la causa “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1°, 2°, 3° y 4° s/conflicto de competencia”, expte. n° 4514/06, resolución del 15/3/2006).

3. Con todo ello quiero decir que la difícil cuestión a resolver en la legislación local acerca de quien tiene competencia judicial para intervenir en cuestiones reguladas por el derecho de faltas, o por el derecho administrativo sancionatorio, o bien, en caso de que la Administración pretenda ejercer su poder de policía, así como también el problema atinente a cuál es la línea divisoria entre las categorías mencionadas, aquí no se presentan. Me parece correcto que, más allá de toda controversia, la Administración se someta a la decisión judicial local para allanar una finca o morada por cualquier motivo, motivo que deberá ser analizado por el juez que previno, sin dilaciones o con carácter urgente —carácter que parece eliminar, en lo posible, todo conflicto de competencia—, como ha sucedido en el caso bajo análisis. Por lo demás, en procesos de naturaleza análoga (aunque con matices), el Tribunal ha convalidado el criterio propuesto en este voto (entre otros, “Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria c/Propietario local Av. Gral. Paz 10.634, 4° 406 s/Aut. Adm. actora —otros”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 192 y ss.), así como también, por mi parte, he reiterado esta solución en el marco de procedimientos urgentes, como ser en la causa “Alberti” (ya citada).

4. Puesto que resulta claro que con la decisión de fs. 24/24 vta. finaliza toda intervención del Poder Judicial local en el caso concreto que analizamos, voto por devolverle los autos al juez en lo contravencional y de faltas que previno, con el objeto de que él archive estas actuaciones.

Por ello, y oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 19 para conocer en este expediente.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento de la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 y se remita el proceso al juzgado declarado competente, a sus efectos.

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

LXXIV

“JEFATURA DE GCBA C/LEGISLATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/CONFLICTO DE PODERES”

**JUICIO POLÍTICO: Síndica general de la Ciudad
de Buenos Aires. Renuncia. Archivo de actuaciones**

Expte. n° 4133/05 - 3/5/2006

VISTO:

El expediente mencionado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor jefe de GCBA introdujo a fs. 7/18 una demanda de “conflicto de poderes de la Ciudad” contra la Legislatura de la Ciudad con sustento en la decisión de la legislatura de “cons[entir] el inicio del procedimiento de juicio político a la síndica general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Cont. Marcela Sánchez de Bustamante” (fs. 7), por considerar que vulneraba los arts. 92 y 133, CCBA.

2. El Tribunal consideró formalmente admisible el conflicto de poderes y corrió traslado de la demanda mediante resolución de fecha 14/9/2005 (fs. 47/60), traslado que fue contestado por la Legislatura a fs. 64/76.

3. Oído el Ministerio Público Fiscal (fs. 78/80) se convocó a la audiencia de ley (fs. 82) para el día 22/2/2006, oportunidad en la que el Tribunal aceptó el pedido de las partes de pasar a un cuarto intermedio hasta el día 26/4/2006 (fs. 88).

4. Con fecha 25/4/2006 el señor jefe de Gobierno y el señor vicepresidente 1º de la Legislatura de la Ciudad de Buenos presentaron un escrito en el que hacen saber que, por dec. 346-GCBA/06 publicado en el *B.O.* del 6/4/2006, se aceptó la renuncia presentada por la Cont. Marcela Sánchez de Bustamante al cargo de síndica general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acompañan copia simple de la publicación y solicitan que se declare que la presente acción de conflicto de poderes ha devenido abstracta (fs. 90).

A raíz de la presentación de mención, la señora jueza de trámite dejó sin efecto la reanudación de la audiencia oportunamente prevista.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

En atención a la aceptación de la renuncia de la señora síndica general de la que da cuenta la documentación de fs. 89 y a lo manifestado por las partes en el escrito aludido *supra*, el Tribunal nada tiene ya que decidir, en la medida que la acción *sub examine* tuvo como sustento fáctico la decisión de la legislatura de consentir el inicio del procedimiento de juicio político a la síndica general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Cont. Marcela Sánchez de Bustamante, conforme expresó la actora a fs. 7. Por ende, solo corresponde ordenar el archivo de las actuaciones.

La juez ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a lo manifestado a fs. 90, voto por disponer el archivo de las actuaciones.

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

Nos adherimos al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

Por ello:

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Archivar* el expediente.

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

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

LXXV

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. C/GCBA S/OTROS PROCESOS INDICENTALES EN MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4297/05, “GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA C/MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad.
Multa no ejecutoriada. Ejecución fiscal

Expte. nº 4344/05 - 3/5/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Según surge de los antecedentes de la causa, la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires por resol. 2298-DGR/03, de fecha 30/6/2003, aplicó una multa de \$ 208.020 a “Mapfre Argentina Seguros S.A.” (en adelante: “Mapfre”). La firma sancionada interpuso un recurso jerárquico que fue rechazado por la Secretaría de Hacienda y Finanzas del Gobierno local mediante la resol. 735-SHyF/04.

2. El 2/9/2004 “Mapfre” inició una acción judicial para impugnar el acto administrativo que le impuso la multa (véase certificación de fs. 15, expediente principal).

3. Por su parte, el Gobierno de la Ciudad promovió la ejecución fiscal de la multa el 28/9/2004 (fs. 13 vta., expte. principal).

En el juicio ejecutivo se certificó la existencia del proceso de impugnación de la multa iniciado por “Mapfre”, radicado ante el mismo juzgado (fs. 15, autos principales)

Además, se agregó en la ejecución copia de la decisión dictada por el juez de primera instancia en el proceso de conocimiento el día 27/9/04 mediante la que dispuso, con fundamento en lo establecido en el art. 450, CCAYT: “hágase saber al GCBA la existencia de la presente causa, a fin de que se abstenga de ejecutar la multa impugnada hasta tanto recaiga sentencia firme en autos. Notifíquese” (fs. 17 expte. principal).

Por resolución del 1º/10/2004 el *a quo* rechazó *in limine* la ejecución fiscal porque la multa “no reviste el carácter de ejecutoriada” (fs. 18 expte. principal).

4. La decisión fue apelada por la actora (fs. 22/30 vta. expte. principal). En sus agravios sostuvo que el juez sólo debió ordenar la suspensión del jui-

cio ejecutivo, tal como lo dispuso en la medida cautelar, y no su rechazo. Agregó que la medida cautelar estaba apelada por el GCBA, que la interpretación efectuada del art. 450, CCyT, desvirtúa el carácter ejecutorio del acto administrativo y la posibilidad de iniciar la vía ejecutiva establecida en el art. 127, C.F.; afecta el deber del fisco de ejecutar la sanción y pone en riesgo de prescripción el crédito del Estado, entre otras cuestiones.

La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia apelada (fs. 37 y vta., expte. principal), con remisión a lo dispuesto por este Tribunal en los casos: “Buenos Aires Containers S.A.” y “Rodó Hogar S.A.”.

5. Frente a esa decisión de la Cámara, la Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 39/61, autos principales), que fue denegado *in audita parte* por la Sala II porque la sentencia atacada no era definitiva y porque los motivos expuestos expresaban su disconformidad con la resolución adoptada sin llegar a configurar un caso constitucional (fs. 63, expediente principal).

El rechazo de este recurso dio lugar a la queja que tramita por expte. n° 4297/05.

6. En el expte. n° 4344/05 la Procuración General deduce otro recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, vinculado con la medida dispuesta por el juez de primera instancia (a la que se hizo referencia en el punto 3, párr. 3°) en el proceso iniciado por “Mapfre” para cuestionar la legitimidad de la multa. Esa resolución fue confirmada por la alzada que también denegó el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Procuración General.

7. El fiscal general adjunto, en sendos dictámenes, propició el rechazo de ambas quejas (fs. 75/77, expte. n° 4344/05 y fs. 74/76, expte. n° 4297/05).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Seguiré la secuencia temporal de las decisiones dictadas en primera instancia para considerar las quejas acumuladas.

I. Expte. n° 4344/05

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto en su dictamen, debe ser rechazado.

2. Tanto en esta queja como en el recurso de inconstitucionalidad se cuestiona la decisión que, en el marco del proceso de impugnación del acto que impuso la multa, ordenó hacer saber al Gobierno que debía abstenerse de ejecutarla hasta tanto recayese sentencia firme respecto de la validez o invalidez del acto sancionatorio.

Se trata, según la recurrente, de una decisión cautelar.

Más allá de que la prevención que surge de la providencia judicial sólo apunta a dejar en claro que la falta de firmeza de la multa inhabilita la posibilidad de su ejecución —lo que no constituye una medida cautelar *stricto sensu*—, a todo evento, cabe recordar, incluso, que en numerosas oportunidades el Tribunal ha señalado 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*, 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. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279 (en: *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 261 y ss.); y de este Tribunal *in re*: “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido, en: ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001: *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 812 y ss.).

Por este motivo, corresponde a quien —como en el caso— recurre una decisión que no es definitiva, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que, así, se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

3. Desde esa perspectiva, es posible afirmar que la quejosa se limita a manifestar, sin fundamentos jurídicos o fácticos que la avalen, que la imposibilidad de la ejecución del acto que impuso la multa a “Mapfre” ordenada en este juicio afecta en forma irreparable la percepción de la renta pública (por la posibilidad de prescripción del crédito fiscal) y lesiona los poderes tributarios del Estado.

En cuanto a lo primero, no ha demostrado (ni siquiera argumentado) la conveniencia de percibir provisoriamente las multas, pendiente la sustanciación del juicio en que se impugnaron y la correspondencia de tal proceder con principios liminares del derecho sancionatorio, más aun cuando ella no es un crédito previsto en el presupuesto de recursos que organiza la actuación de la Administración. En relación a los poderes, deberes y facultades tributarias del Fisco, ellas se ejercen en el marco de la habilitación constitucional y legal para hacerlo. Así, el art. 450, CCAyT decidió, con acierto, que, en la jurisdicción local, la pretensión fiscal de cobro de multas sólo puede ejercerse una vez que ellas queden ejecutoriadas. La decisión judicial cuestionada, enton-

ces, no lesiona ninguna potestad estatal, que esté reconocida por las leyes locales, pues no facultan a percibir las mientras se encuentra en trámite el proceso judicial impugnatorio.

Bien señala el señor fiscal general adjunto que todo el cuestionamiento parte del equívoco en la forma de computar el plazo de prescripción de la multa. Es claro que, mediando impugnación judicial del acto que impuso la multa, no da inicio el cómputo del plazo de prescripción del crédito que, por esa circunstancia, aún no es exigible.

II. Expte. n° 4297/05

4. La queja satisface los recaudos de tiempo y forma exigidos para su interposición. Pero, al igual que la anterior, tampoco pudo prosperar.

Tanto el recurso de inconstitucionalidad como la queja traen a decisión del Tribunal una cuestión insustancial, a saber: la que se vincula con el rechazo de demandas ejecutivas encontrándose pendiente de decisión el proceso de conocimiento en que se debate la validez del acto que impuso la multa tributaria.

La doctrina de este Tribunal ha puesto de resalto que, en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sólo las “multas ejecutoriadas” son susceptibles de cobro judicial por vía de ejecución fiscal, como lo dispone de manera expresa y clara el art. 450, CCAyT (conf. “Buenos Aires Container Services S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 1686/02, sentencia del 13/11/2002: *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 261 y ss.); en tanto del art. 18, C.N. se desprende que *ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso* (el destacado ha sido añadido).

5. De conformidad con la regulación de los códigos Fiscal y Contencioso Administrativo y Tributario, la resolución del recurso jerárquico contra el acto administrativo que impuso la multa a “Mapfre” abrió la posibilidad de que se instaran dos procesos judiciales. Uno, iniciado por la firma sancionada, para la revisión o anulación del acto administrativo; y el otro, planteado por el Fisco, para ejecutar la multa.

El marco de debate que uno y otro proceso admiten es diferente. En el proceso ordinario, la parte agraviada del obrar de la administración tributaria puede plantear todas las pretensiones que considere necesarias para la mejor defensa de sus derechos, inclusive la de inconstitucionalidad de las normas en que se funda el acto. En cambio, en el juicio para ejecutar la multa las defensas que se permiten al demandado limitan el debate, para garantizar la efectividad de ese tipo de procesos.

En atención a esta última consideración, no es errado el temperamento legal que establece que la multa debe estar ejecutoriada en forma previa a habilitar su cobro compulsivo; o dicho con otras palabras, que se haya permitido al contribuyente la más amplia revisión judicial de la sanción antes de ordenar su ejecución forzada.

6. En el caso, “Mapfre” planteó, por la vía y en la forma correspondiente, la impugnación del acto sancionatorio.

El juez de primera instancia constató que la resolución administrativa cuestionada no estaba aún en condiciones de ser ejecutada, es decir, no era una “multa ejecutoriada” y rechazó la ejecución. La existencia de un acto con esa característica constituye un presupuesto del proceso ejecutivo cuyo cumplimiento los jueces deben controlar de oficio y que el ejecutado puede reclamar por medio de las excepciones regladas.

No hubo, pues, afectación de ningún principio constitucional referido a la actuación de los jueces, como se pretende en el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno local.

7. Por lo demás, 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 (conf. el Tribunal *in re*: “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss.).

8. En virtud de las consideraciones expuestas, los recursos de inconstitucionalidad fueron correctamente desestimados por el tribunal *a quo*, y las quejas deben ser rechazadas.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por el Dr. Casás, sin perjuicio de realizar las siguientes consideraciones.

2. Con respecto a los recursos deducidos en el expte. n° 4344/05, la resolución judicial que dispuso hacer saber al Gobierno que debía abstenerse de ejecutar la multa hasta tanto recayese sentencia firme respecto de la validez o invalidez del acto sancionatorio, no constituye una decisión cautelar, sino una providencia simple que ordena *poner en conocimiento* del Gobierno local la imposibilidad —que, a la postre, se dilucidará si es temporal o permanente— de ejecutar dicha multa, por no configurarse un presupuesto esencial de dicha acción.

Es decir, lo que impide la ejecución de la multa no es una medida cautelar dictada por el juez interviniente, sino la ausencia de un presupuesto imprescindible para iniciar la ejecución fiscal —la ejecutoriedad de la multa— y lo único que hizo el magistrado es poner en conocimiento de dicho extremo al Gobierno local.

Sin embargo, aún en este caso nos encontraríamos ante una sentencia que no es definitiva ni equiparable a tal, ya que el recurrente en ningún momento logró acreditar que la sentencia cuestionada le cause un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Máxime cuando —como acertadamente destaca el Dr. Casás— la multa no constituye un recurso pre-

visto en el presupuesto local, y por ende la imposibilidad de ejecutar su pago hasta tanto recaiga decisión en el juicio ordinario no le impide a la Administración contar con los fondos necesarios para llevar adelante sus actividades de bien público.

3. Por otra parte, en cuanto a los recursos deducidos en el expte. n° 4297/05, no sólo se trata de una cuestión insustancial o baladí —como acertadamente destaca el Dr. Casás—, sino que también se encontraría ausente el requisito de sentencia definitiva o equiparable.

En efecto, el rechazo de la demanda ejecutiva no le impide al Gobierno local iniciar —en el futuro— una nueva ejecución fiscal, en caso de que no se haga lugar a la demanda de impugnación de la multa planteada por Mapfre. Y en el plazo que trascurra hasta aquél entonces, el plazo de prescripción de dicha acción aún no ha comenzado a computarse, ya que la multa aún no es exigible, por lo tanto el temor a que la acción prescriba por tal motivo carece de fundamentos.

4. Por estos argumentos y los expuestos por el Dr. Casás, considero que los recursos de inconstitucionalidad interpuestos fueron correctamente desestimados por la Cámara, y las quejas deben ser rechazadas.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos de queja han sido interpuestos por escrito y dentro del plazo legal (conf. art. 33, ley 402). Sin embargo, como sostiene en su voto el juez José O. Casás, deben ser rechazados.

2. Las dos presentaciones directas del GCBA muestran una misma deficiencia: no contienen argumentos válidos para acreditar que los decisorios cuestionados resultan definitivos.

Tanto en la queja que originó el expte. n° 4344, cuanto en la que inició el expte. n° 4287, se discute la validez constitucional de dos resoluciones judiciales que de ningún modo cierran al recurrente sus posibilidades de percibir las sumas reclamadas. Tampoco, cabe señalar, hay razones suficientes para acreditar que la demora en el cobro de una sanción de \$ 208.020 ponga en riesgo cierto el ejercicio de las atribuciones que la Constitución de la Ciudad le otorga al Poder Ejecutivo.

En este sentido, ni el auto por el cual se ordenó al GCBA que se abstuviera de ejecutar la multa impuesta a Mapfre S.A., ni el rechazo *in limine* de la ejecución fiscal iniciada para efectivizar su cobro, generan un perjuicio de imposible, insuficiente o tardía reparación posterior.

3. La multa impuesta por el Gobierno local está discutida en sede judicial. Si se convalida esa sanción, nada le impedirá al recurrente ejecutar su crédito y, así, hacer ingresar los montos reclamados al tesoro de la Ciudad.

En síntesis, el Tribunal no puede evaluar hoy los planteos del GCBA porque éste aún mantiene la posibilidad de ejecutar la multa cuestionada ante las instancias ordinarias.

4. Por lo tanto, voto por no hacer lugar a las quejas interpuestas.

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

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

Por ello y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* los recursos de queja planteados por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, notifique y se devuelvan junto con los autos principales.

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

LXXVI

“MENÉNDEZ, HÉCTOR NELSON C/GCBA Y OTROS
S/RESPONSABILIDAD MÉDICA S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”, Y SUS ACUMULADOS
EXpte. Nº 4300/05, “GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘MENÉNDEZ,
HÉCTOR NELSON C/GCBA Y OTROS S/RESPONSABILIDAD
MÉDICA’”, Y EXpte. Nº 4301/05, “DEL CERRO NAÓN, JUAN
PEDRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘MENÉNDEZ, HÉCTOR NELSON C/GCBA
Y OTROS S/RESPONSABILIDAD MÉDICA’”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Fallecimiento por mala praxis. Responsabilidad médica. Error de diagnóstico. Monto indemnizatorio. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional. Relación causal entre la responsabilidad médica y la muerte del paciente. Perjuicios causados por el obrar negligente del médico

Expte. nº 4314/05 - 3/5/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Héctor Nelson Menéndez inició demanda contra el GCBA y el Dr. Juan Pedro del Cerro Naón (fs. 5/8 y 13/24) a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su ex esposa Susana Adela Calvo, ocasionado por mala praxis en el ejercicio médico, por entender que en el Hospital Álvarez no se le detectó la verdadera patología sufrida por la Sra. Calvo, y que derivó en su deceso.

2. El juez de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a los demandados a abonar a la actora la suma de \$ 50.000 (pesos cincuenta mil (fs. 566/571) en concepto de resarcimiento por daño moral y la chance a una mejor calidad de vida no gozada.

3. Ambas partes apelaron la sentencia (la actora expresó agravios a fs. 589/599 y los demandados lo hicieron a fs. 600/612 el Dr. Del Cerro Naón y a fs. 613/616 el Gobierno de la Ciudad). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar parcialmente a los recursos interpuestos; modificó la sentencia en lo atinente a los rubros y montos indemnizatorios (fs. 643/658), y determinó el resarcimiento a cargo de los demandados en \$ 70.000 (pesos setenta mil).

4. Frente a esta decisión, el Dr. Del Cerro Naón y el GCBA interpusieron los pertinentes recursos de inconstitucionalidad (fs. 669/689 y 692/705 respectivamente), los que fueron concedidos parcialmente por la Cámara (fs. 725/726)

5. Ambos demandados, interpusieron entonces, recursos de queja ante el Tribunal (fs. 1056/1061 y 808/818, respectivamente).

6. El fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo de los recursos interpuestos (fs. 1084/1087).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Los recursos interpuestos por los demandados Gobierno de la Ciudad y Juan Pedro del Cerro Naón cumplen con los requisitos formales contenidos en la ley 402, sin perjuicio de lo cual deben ser rechazados, ya que —como desarrollaré a continuación— no se configura en autos el “caso constitucional” exigido por dicha normativa.

2. Recursos de inconstitucionalidad

Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los codemandados, que fueron concedidos parcialmente a fs. 725/726, manifiestan el desacuerdo con la sentencia de la Cámara sin llegar a formular un caso constitucional en tanto no relaciona los agravios que —afirman— les provoca el fallo con un motivo de impugnación de carácter constitucional, es decir con la aplicación

de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso. En efecto, los recurrentes sólo formulan reproches genéricos a la sentencia recurrida, enunciando disposiciones constitucionales pero sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración’”, expte. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas). En definitiva, tal como lo señala también el fiscal general adjunto en su dictamen, los recurrentes no han logrado exponer un caso constitucional en los términos que establece el art. 27 de la ley 402.

El Tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte n° 1898/02, “‘Drogue-ría Americana c/GCBA [DGR —resol. 7346/91—] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003).

Por lo demás, la cuestión sometida a debate transcurre por canales infraconstitucionales, en tanto se cuestiona la valoración que los jueces de Cámara realizaron de las pretensiones, hechos y prueba de la causa, materia ajena al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

En consecuencia, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos no demuestran que se encuentre comprometida ni la aplicación ni la interpretación de normas de la Constitución local o nacional por lo que corresponde declararlos mal concedidos.

3. Recursos de queja

Los recursos de queja interpuestos por los codemandados se centran en los planteos de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional, que se analizarán a continuación. Corresponde señalar que los agravios relativos a los montos indemnizatorios quedan excluidos del tratamiento del recurso pues en esta instancia no corresponde —en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad intentado— la valoración de cuestiones de hecho y prueba, excepto supuestos de notoria irrazonabilidad, lo que no se ha demostrado.

3.1. Arbitrariedad de sentencia

Bajo la invocación del argumento de la arbitrariedad, los principales fundamentos esbozados por los recurrentes se refieren a la violación del principio de congruencia por entender que los jueces fallaron *extra petita*, y a la sostenida inexistencia de adecuada relación causal entre los daños objeto del resarcimiento y la responsabilidad atribuida a los demandados en cuanto a la falta de diligencia médica en el caso.

Ambos agravios fueron introducidos por los recurrentes en sus escritos de apelación y tratados —en forma pormenorizada y solidamente fundada— en el fallo de la Cámara que ahora se impugna, que incluso reconoce el acierto de los apelantes con relación a la indemnización por pérdida de chance de una vida mejor. En cuanto a la pretendida inexistencia de relación causal, el pronunciamiento objetado analiza detenidamente la pericia del Cuerpo Médico Forense (fs. 946/971) y la respuesta brindada frente a las impugnaciones efectuadas, desbrozando los daños atribuibles a la mala praxis por error de diagnóstico, de los producidos por el fallecimiento de la cónyuge del actor causado por una patología distinta y previa, que no son resarcibles. El fallo, entonces, contiene una razonable ponderación de prueba obrante en autos, una adecuada determinación del nexo causal requerido como presupuesto de la responsabilidad civil por error de diagnóstico y una fundada demostración de que los daños objeto de resarcimiento fueron reclamados oportunamente por el actor, lo que permite descartar la alegada vulneración del principio de congruencia.

Puede afirmarse en consecuencia que los recurrentes tienden, bajo la designación de esta causal, a controvertir los fundamentos jurídicos y fácticos contenidos en la sentencia cuestionada sin incluir verdaderamente una cuestión de índole constitucional. Corresponde entonces aplicar la doctrina de este Tribunal en cuanto sostiene que “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/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que “la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos*, 323:2879)”; así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan con-

siderar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte, n° 726/00, “GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.

En suma, los argumentos que introduce los recurrentes en sus quejas sólo versan sobre la valoración de hechos y pruebas, ocurridos y arrimados a la causa, por lo que es manifiesto que la impugnación *sub examine* está muy lejos de comprometer la interpretación de preceptos o garantías constitucionales. En tal sentido, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados argumentos en los votos de cada uno de sus jueces para sostener la decisión a la cual arriban.

3.2. *Gravedad institucional*

En cuanto a la “gravedad institucional” invocada, queda huérfana de sustento, toda vez que no se ha demostrado en qué medida una decisión sobre la actuación de un médico en un caso concreto compromete gravemente el interés general o afecta el ejercicio de la medicina.

Acoger este planteo significaría desnaturalizar el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, y transformar a este tribunal en una tercera instancia ordinaria obligada a intervenir en todos aquellos casos de mala praxis médica, competencia que no está contemplada en la Constitución local.

En este caso judicial se ha determinado la responsabilidad civil de un médico por su conducta negligente en un caso individual, cuestión que no excede el interés de las partes intervinientes.

Por los fundamentos expuestos, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar los recursos de queja y declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los demandados. Con costas a cargo de los vencidos (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Adhiero en general al voto de mi colega Ana María Conde y me limitaré a agregar un par de consideraciones, en sentido coincidente.

2. Respecto de la queja articulada por el Gobierno de la Ciudad, destaco que la ausencia de toda crítica al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que ese codemandado interpusiera, determina su inadmisibilidad, sin que resulte necesario avanzar en su análisis.

3. En cuanto a la pretendida violación del principio de congruencia alegada por el codemandado Del Cerro Naón, tampoco se corresponde con las constancias de la causa.

El actor indica que el objeto de su demanda abarca “daños y perjuicios por mala praxis en el ejercicio médico profesional cuyo desenlace fue el fallecimiento de mi ex esposa...” (fs. 5 de los autos principales). En el apartado 3 del mismo escrito insiste y señala “Reclamo la reparación de todos los perjuicios causados por la negligente conducta de los accionados que causaron el fallecimiento de mi esposa. Incluyo en los perjuicios el daño moral que atento a las circunstancias y los padecimientos sufridos...” (fs. 7 vta. de los autos principales).

La sentencia de Cámara consideró que de los daños y perjuicios alegados, algunos habían sido probados y otros no. Por tal razón restringió el alcance de la reparación reconocida al accionante.

Así distinguió con acierto, por un lado los daños alegados y probados, como consecuencia en buena medida de inexcusables desaciertos médicos debidamente acreditados en autos. Se trata de la consideración y evaluación por parte de los jueces de los múltiples padecimientos sufridos por Menéndez en el curso de la prolongada agonía de su esposa, sometida a intervenciones quirúrgicas ineficientes, al suministro de medicamentos innecesarios o inadecuados en medio de una permanente incertidumbre y desconocimiento de la situación en la que ella se encontraba, de la carencia de una respuesta médica apropiada que, tal vez hubiera podido, proporcionar al actor mayor contención y preparación para afrontar la situación en la que se encontraba y su desenlace.

Por otro lado, la Cámara rechazó la pretensión de aquellos otros padecimientos sustentados directamente en el hecho mismo de la muerte de Susana Adela Calvo, que también estaban comprendidos en la pretensión del actor.

El codemandado Del Cerro Naón imputa a la Sala I la violación del principio de congruencia a partir de una lectura sesgada del objeto de la demanda. No es esa la perspectiva en la que se colocan los camaristas que advierten con claridad, la diversidad de perjuicios introducidos en la presentación inicial.

Por lo dicho, coincido con mi colega preopinante en que corresponde desestimar todos los medios de impugnación deducidos por las codemandadas.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto la solución que propicia en su voto la señora jueza de trámite y sólo sumaré ciertas reflexiones tendientes a identificar un problema que, a mi entender, es común y central a las diversas presentaciones recursivas de ambos codemandados. Para ello procuraré precisar el alcance de la demanda, de la sentencia impugnada y del argumento al que se reducen los recursos sobre los que debe resolver el Tribunal. El posterior contraste de estas tres piezas revelará el problema al que he aludido.

2. El Sr. Héctor Menéndez inició una acción contra el Hospital Álvarez y/o el GCBA y el médico Juan Pedro del Cerro Naón, por el cobro de la suma

de \$ 330.000, o lo que en más o en menos resultara de la prueba a rendirse y/o la que fijara el tribunal *en concepto de daños y perjuicios por mala praxis en el ejercicio médico profesional*, cuyo desenlace fue el fallecimiento de su esposa el 2 de septiembre de 1996. Estos términos circunscriben la extensión del reclamo.

3. Por su parte, la Sala I de la Cámara, en su sentencia del 17/3/2005 —objeto recurrido—, resolvió:

a) Acoger el agravio esgrimido por los codemandados referido a la violación del principio de congruencia en la decisión de primera instancia, al entender que el resarcimiento del rubro “pérdida de chance a una mejor calidad de vida” fue dispuesto *extra petita* por el juez de grado y significó conceder una indemnización no reclamada y, por ello, manifiestamente incausada (fs. 870/870 vta.).

b) Considerar demostrados en autos los presupuestos configurativos de la responsabilidad médica con relación al error en el procedimiento, diagnóstico y tratamiento, e imputar dicha responsabilidad al “codemandado, Dr. Del Cerro Naón, y por ende, a la Ciudad, empleadora del mencionado galeno” (fs. 871 vta./872). La Cámara destaca la “importancia superlativa” que reconoce a la pericia del Cuerpo Médico Forense [CMF] a los efectos de resolver esta cuestión (véase especialmente fs. 873 vta.).

A partir del informe pericial mencionado, la alzada determina que: “Es verosímil suponer que la paciente ingresó con diagnóstico de tumor abdominopelviano, confirmado por el examen ginecológico y los hallazgos de la ecografía que imponían o bien mayores elementos diagnósticos (tomografía computada) o bien directamente la exploración quirúrgica (laparotomía exploradora). No obstante... no se agotaron los procedimientos que la correcta ciencia médica imponía”. Refiere el juez Centanaro que “[a]nte la pregunta respecto de si puede considerarse razonablemente adecuada la conducta del Dr. Del Cerro Naón referida a la realización exclusiva del drenaje del absceso parietal... la respuesta [del CMF] es ‘no’”. Los expertos sostienen que la conducta desplegada por el codemandado Del Cerro no fue la adecuada, puesto que él no llegó a diagnóstico alguno de certeza vinculado con la patología que motivó las dos internaciones (el 4 de mayo y el 30 de junio de 1994) y consintió el “alta médica definitiva” de la paciente, quien fue externada el 26 de julio con el tumor pelviano que motivó su permanencia en el Hospital Álvarez, cuyo tratamiento era de resorte quirúrgico. La Cámara concluye del modo siguiente: “Rematan los expertos afirmando que ‘...no se procedió durante la internación a aclarar el diagnóstico del tumor abdominopelviano ni a su tratamiento, lo que indudablemente reflejan [*sic*] violaciones groseras a la ciencia médica [énfasis suplementado]. Es inadmisibles que se realizara el drenaje de un absceso subcutáneo en una paciente portadora de un tumor palpable y no se extremaran las medidas para el tra-

tamiento del tumor (...). [E]n el caso de autos no cabía la conducta de drenaje sin investigar la causa subyacente”. Por último, la Cámara entiende que las conclusiones periciales poseen fuerza convictiva suficiente, porque los expertos se han expedido sobre cuestiones técnicas y explicado la correspondencia entre su opinión y los postulados de su ciencia, por lo que no es posible hallar elementos “dentro de la sana crítica que permitan al sentenciante apartarse de sus conclusiones” (fs. 871 vta./872).

Por lo expuesto hasta aquí, la alzada concluye que “el magistrado de primera instancia realizó una exhaustiva y correcta valoración de la prueba producida en autos de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (fs. 874).

c) No reputar acreditada la relación causal entre “el demostrado obrar negligente del médico (Dr. Del Cerro Naón) y la muerte de Susana Adela Calvo” (fs. 649 vta.; énfasis suplementado).

d) Rechazar el agravio del médico interviniente, quien cuestiona el presupuesto de autoría y argumenta que él fue uno de varios profesionales que atendieron a la Sra. Calvo. La Cámara entiende que la omisión de realizar la asistencia conforme a los principios de la ciencia y del arte de curar da lugar a la responsabilidad contractual. Estos supuestos de responsabilidad civil (directa y personal), son de aquellos que se denominan de *mala praxis*, ya sea por error de diagnóstico o inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico y asimismo por negligente intervención, todo lo cual configura la culpa médica en la ejecución del contrato. “[En el caso, la] *mala praxis* [es] por omisión, porque con su conducta priva al enfermo de la posibilidad de su curación a la que indudablemente puede aspirar ... De la prueba aportada en autos surge que el Dr. Del Cerro Naón fue el cirujano responsable del acto quirúrgico de fecha 19/5/1994 y del realizado el 21/7/1994 (...). Si bien el codemandado fue uno de los tantos galenos intervinientes en la atención de Susana Adela Calvo, ello no implica que se lo exima de culpa. Es decir, dicha situación no modifica la conducta del médico” (872 vta./873).

e) Indemnizar los rubros daño moral, lucro cesante y daño emergente (la suma total que otorga la Cámara es de \$ 70.000), e imponer las costas de ambas instancias a la demandada.

4. La última pieza que servirá al contraste al que aludí en el apartado 2 remite a la reformulación, que estimo cuando menos inadecuada, de los dos puntos anteriores (alcances de la demanda y de la sentencia recurrida) por parte de los codemandados, en lo que constituye el núcleo de sus respectivos agravios.

Aunque los escritos recursivos (particularmente aquellos interpuestos por el médico Del Cerro) son extensos, enérgicos y abundan en la denuncia de supuestas y múltiples arbitrariedades por parte de la alzada (con un acento recurrente referido a la presunta *ilogicidad* del decisorio y a la *falsedad* de

sus premisas que, se alega, conducen a *conclusiones falaces*), una rápida lectura de estos escritos es suficiente para advertir que ellos son reductibles a reformulaciones, explicaciones amplificativas y paráfrasis de un único argumento: “[N]o hay elementos para sostener mala praxis alguna *en relación al deceso* de la Sra. Calvo, salvo las inadmisibles tachas que el tribunal efectúa acerca del tratamiento ...” (recurso de inconstitucionalidad del codemandado Del Cerro, fs. 839 vta.). Idéntica desviación del fundamento del fallo impugnado se aprecia ya en el párr. 2º del recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA: “la sentencia... dictada por la Sala I de la Cámara... condena a mi representada al pago de una indemnización sin tener acreditada la relación de causalidad entre el hecho (indebida atención médica por demora en el diagnóstico) y el daño (*fallecimiento del paciente*)”, fs. 849. O: “El daño cuya reparación se pretende —en este caso *muerte* de la cónyuge del actor— debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción” (fs. 858; énfasis suplementados en las tres citas).

5. El contraste entre los tres elementos que he procurado sintetizar pone de manifiesto el vicio argumental que sustenta toda la etapa recursiva y que, en el mejor de los casos, puede atribuirse a un problema interpretativo y, en la menos caritativa de las hipótesis, a una falacia introducida para desviar la atención respecto del objeto de la controversia. En efecto, la Cámara *desliga claramente* su decisión en punto a los rubros indemnizatorios que reconoce del hecho final del fallecimiento y funda su sentencia, como extensamente lo explica el juez Centanaro, en el informe pericial del cuerpo médico forense por estimar que “la sana crítica” en un caso que requiere especial versación en materias normalmente ajenas al conocimiento de los magistrados consiste, precisamente, en eso: la remisión a aquello dictaminado por los expertos que se convierten, como lo señala el magistrado de Cámara, en “los ojos del juez”, en el contexto de aquello que ha sido la pretensión expresa de la parte actora.

Por consiguiente:

a) Corresponde atender, en primer lugar, a los términos explícitos e inequívocos de la demanda, en la que se reclama una suma de dinero, dependiente de aquello que en más o en menos resultara “de la prueba a rendirse y/o la que fijara el tribunal *en concepto de daños y perjuicios por mala praxis en el ejercicio médico profesional*” —cuyo desenlace fue, tanto como pudo no haber sido, el fallecimiento de la Sra. Calvo. Esto es: al establecer la Cámara que la relación causal entre la responsabilidad de los codemandados y la muerte de la paciente no resultó acreditada en autos, el penoso hecho del deceso se torna ajeno a la *litis* en su etapa recursiva, circumscripta entonces a la valoración de los perjuicios ocasionados por la probada “mala praxis” del profesional demandado, cuyo alcance he precisado en el apartado 3. b).

En efecto, el pronunciamiento de la alzada se ciñó a la estimación del daño infligido a la Sra. Calvo tras efectuar su primera consulta en el Hospital

Álvarez y asentir —sobre la base de la confianza depositada razonablemente en el cuerpo médico de dicha institución— la relación contractual con el profesional Del Cerro Naón, quien diagnosticó “un simple absceso” (fs. 826) a “una paciente portadora de un tumor palpable” (fs. 871 vta./872), paciente que “quedó en manos” (fs. 825) del médico mencionado, recibió el alta temporaria el 3 de junio del mismo año, aceptó su reinternación veintisiete días más tarde ante el deterioro de su estado de salud y sus continuos dolores, fue derivada por Del Cerro a un gastroenterólogo del mismo hospital, quien diagnosticó una posible *retención de gases* y recibió *el alta médica definitiva* tras la práctica de dos biopsias por el Dr. Naón que no arrojaron un diagnóstico certero, por lo que, ante la persistencia de los dolores, la pérdida de peso y su desmejoramiento general, su familia decidió autónomamente consultar en el Hospital Udaondo hacia el mes de noviembre, institución en la que celeramente los médicos intervinientes diagnosticaron la patología de adenocarcinoma (cáncer de colon). Como correctamente lo entendió la Cámara, es el daño causado por *esta sucesión de prácticas negligentes* por parte del codemandado Del Cerro Naón (excluida su responsabilidad por la muerte) el marco que limita el alcance de la pretensión de la parte actora en esta etapa de la *litis* e integra incuestionablemente su objeto: a fs. 7 vta., autos principales, el Sr. Menéndez, viudo de la Sra. Calvo, enfatiza que su reclamo comprende “...la reparación de *todos los perjuicios* causados por la negligente conducta de los accionados...” [énfasis aportado].

b) La conclusión es simple: ante el reclamo del resarcimiento de “todos los daños” de que da cuenta el punto anterior, la alzada estima indemnizables algunos rubros expresamente mencionados por el actor (daño emergente, daño moral y lucro cesante) y descarta otros (específicamente, la pérdida de chance a una mejor calidad de vida), por no haber sido reclamados de forma explícita por la parte actora. En suma, la Cámara interpreta que el alcance de la pretensión articulada se extiende a los perjuicios causados por el obrar negligente del codemandado Del Cerro Naón en el diagnóstico y tratamiento de la patología de Susana Adela Calvo, *no*, insisto, al daño derivado de su *fallecimiento*.

c) A la luz de lo expuesto hasta aquí, el hecho de que los recursos de inconstitucionalidad y de queja, interpuestos tanto por el médico demandado como por el GCBA se refieran, básicamente, a la falta de demostración del nexo causal entre el daño y la muerte desnuda un desvío argumental inadmisibles. El razonamiento que subyace al núcleo de sus recursos puede sintetizarse así: “No hay conducta negligente si ésta no causó el fallecimiento”. Por su manifiesta inclinación a la lógica informal, los recurrentes reconocerán de inmediato la incursión en un caso típico de falacia de atinencia: la negación de la causa. Ésta vicia el razonamiento cuando ciertos acontecimientos ocurrieron simultáneamente, o uno seguido del otro, por lo que se confunde la relación causal o de determinación con la atribución al sujeto. Evidentemen-

te, un grosero error de diagnóstico (en el caso, la confusión de “un simple absceso” con “cáncer de colon”) es una causa eficiente para provocar la muerte de la Sra. Calvo, pero ciertamente no es ésta la única causa con virtualidad para derivar en el desenlace fatal. Otras causas eficientes y suficientes pueden haber intervenido o sobrevenido (v. gr., el fallecimiento por una patología distinta del cáncer que no se diseminó, o por un hecho enteramente ajeno a la enfermedad de base, como un accidente de tránsito, o el suicidio de la paciente). De ello no se deriva que *el daño* (“todo perjuicio causado por la negligente conducta del demandado”) *no* resulte indemnizable porque no derivó en el deceso (más estrictamente, porque no se acreditó la relación causal entre la negligencia médica y la muerte). Aquello que importa a los efectos de la resolución de la controversia no es el deceso de la Sra. Calvo, sino los daños derivados de su sujeción a un tratamiento bajo la relación médico-paciente y la irreparable pérdida de tiempo generada por el diagnóstico de “absceso abdominal” y los “groseros errores” cometidos por el profesional codemandado cuando su paciente adolecía de una patología oncológica y el tumor resultaba detectable al tacto.

En suma: el razonamiento “No hay conducta negligente si ésta no causó el fallecimiento” sólo sería un argumento válido de los codemandados si el reclamo se hubiera circunscripto a demandar el resarcimiento de los daños resultantes del deceso de la Sra. Calvo. No lo es, en cambio, como sucede en este caso, si la demanda extendió la solicitud de resarcimiento en concepto de todos los perjuicios por *mala praxis* en el ejercicio médico profesional, y la *mala praxis* se reputó acreditada por la Cámara sobre la base del dictamen de los expertos forenses que, ante la pregunta acerca de la razonable adecuación del obrar del demandado, respondieron “no”.

En verdad, según han sido formulados los recursos, ellos carecen de agravio real, porque la situación que plantean —falta de atribución del deceso a la *mala praxis*— ya ha sido reconocida por la sentencia de Cámara, que *atribuye* a la *mala praxis* médica otros daños que no son la muerte. Quizás se comprenda el caso más sencillamente si digo: el hecho de que a la acción de una persona no pueda atribuírsele la muerte de otra persona, no quiere decir —por ejemplo— que no pueda atribuírsele una lesión, como sucede en el ya célebre caso académico de la llamada *concausa*: lesión que deriva en la muerte sólo por una *mala praxis* médico hospitalaria.

6. En lo que respecta a los restantes agravios, particularmente aquellos referidos a la presunta arbitrariedad y gravedad institucional derivadas de la sentencia recurrida (sumados a los que impondrían revisar cuestiones de hecho, interpretación y prueba), me remito a lo expresado por mi colega, la jueza Ana María Conde, en los puntos 3.1 y 3.2 de su voto. Asimismo, me sumo a las consideraciones expuestas en el apartado 2 de su fallo por la señora jueza Alicia Ruiz, quien señala que no avanzará en el análisis de la queja articulada por el GCBA tras destacar la falta de crítica alguna al auto dene-

gatorio del recurso de inconstitucionalidad que aquél interpuso. Por mi parte, hago extensivo este juicio de mi colega a la queja planteada por el codemandado Del Cerro Naón, escrito que, a mi juicio, adolece del mismo déficit: tras detenerse en señalamientos puramente formales, algunos de ellos reconocidamente absurdos (por ejemplo, el cuestionamiento de la normativa procesal como irrazonable, al disponer que el recurso de inconstitucionalidad deba interponerse ante el tribunal recurrido y que competa a éste la potestad de concederlo o denegarlo; fs. 1058), el médico se limita a enumerar las copias del expediente que acompaña “a fin de que el presente se baste a sí mismo” (fs. 1056 vta.).

7. Por las razones expuestas, resuelvo declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Juan Pedro del Cerro Naón y el GCBA, rechazar las quejas planteadas por los codemandados y dar por perdido el depósito integrado por el primero, con costas.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Los codemandados en autos interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I en lo Contencioso Administrativo y Tributario, que al confirmar parcialmente la de primera instancia, los condenó a pagar a la parte actora, una indemnización en concepto de daño emergente, moral y lucro cesante por mala praxis que asciende a la suma total de \$ 70.000. El *a quo* concedió parcialmente esos recursos por entender que los agravios articulados “ponen en juego la interpretación, aplicación y vigencia” de las normas constitucionales invocadas (v. gr., arts. 1º, 17 y 18 C.N. y 13, inc. 3º, CCBA, véase fs. 822 vta.). Ambos demandados, además, vinieron en queja por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad en relación con la pretendida arbitrariedad de la sentencia impugnada.

2. Por razones de orden expositivo analizaré en primer término los recursos planteados por el médico Juan P. del Cerro Naón.

En el recurso de inconstitucionalidad concedido por el *a quo*, el recurrente sostuvo que la sentencia impugnada vulneró el principio de congruencia y, además, lo condenó a reparar daños sin que en la causa se hubiera acreditado el presupuesto de autoría imprescindible para sindicarlo como responsable. También se agravio por la ausencia de relación causal entre la conducta imputada y los daños cuya reparación se otorgó a la accionante.

2.1. El pronunciamiento impugnado consideró que en la demanda se reclamó la reparación de todos los perjuicios causados por la negligente conducta de los accionados que luego tuvo por explicitados en la ampliación de la acción donde se detallaron los daños reclamados. Entre ellos los derivados de la negligente atención brindada por la parte demandada que de no haber existido hubiera permitido a la Sra. Calvo, según el actor, una sobrevida normal ante la patología que padecía, así como la posibilidad de mantener sus ingresos y evitar los gastos que insumió el tratamiento proporcionado en el

Hospital Álvarez (fs. 1007 vta./1010). Por tanto, a criterio del *a quo*, el alcance de la pretensión articulada comprendía no solo el daño derivado del fallecimiento de la esposa del actor sino también los perjuicios ocasionados por errores del profesional demandado en el procedimiento de diagnóstico y tratamiento de la patología padecida por la Sra. Calvo.

En tal contexto, corresponde recordar que establecer la existencia y el alcance de las pretensiones de las partes es cuestión que incumbe privativamente a los jueces de la causa (*mutatis mutandis* doctrina Fallos, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros), los que pueden razonablemente considerar comprendidas en ellas no solamente los reclamos explícitamente formulados sino también aquellos que estén comprendidos conceptualmente dentro de esa formulación o pueden derivarse de ella mediante un mecanismo reflexivo previsible para quien tiene derecho a defenderse de ellas (conf. mi voto *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). El recurrente no muestra que la Cámara haya cambiado la causa en que se fundó el reclamo ni obstaculizado sensiblemente la posibilidad de rebatir o probar que su desempeño se había ajustado, en el caso, a las reglas del arte que gobiernan la intervención profesional a él requerida. Precisamente, el médico Naón sostiene en el recurso de inconstitucionalidad que postuló en sus diferentes presentaciones haber adecuado su labor, de manera total, a las reglas del buen arte en la especie, además de señalar que no era el médico tratante de la Sra. Calvo, y su actuación se limitó a la realización de dos biopsias así como una atención posterior a la última intervención quirúrgica por consultorio externo. A su turno, también puntualizó las razones por las que, a su criterio, no existiría relación de causalidad entre el supuesto error de diagnóstico y el deterioro en la calidad de vida de la Sra. Calvo o el tiempo de sobrevida determinado por su enfermedad (fs. 1035 y 1038 ss.).

En consecuencia corresponde en este punto declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad pues las garantías constitucionales invocadas por el recurrente carecen de relación directa con el pronunciamiento impugnado.

2.2. En relación con la responsabilidad del médico Juan P. del Cerro Naón como autor del imputado error de diagnóstico e inadecuado tratamiento, los votos de mayoría señalaron: “De la prueba aportada en autos surge que el Dr. Del Cerro Naón fue el cirujano responsable del acto quirúrgico de fecha 19/5/1994 y del realizado el 21/7/1994 (fs. 262). Ante la pregunta referida a si puede considerarse razonablemente adecuada la conducta del galeno en realizar exclusivamente el drenaje del absceso parietal y no una laparotomía exploradora, la respuesta de los peritos fue ‘no’ (fs. 262). //“(…) existió entonces una errónea conducta por parte del Dr. Del Cerro Naón. Si bien el

codemandado fue uno de los tantos galenos intervinientes en la atención de Susana Adela Calvo, ello no implica que se lo exima de culpa. Es decir, dicha situación no modifica la conducta del médico” (del voto del juez Centanaro, fs. 1073). //“En efecto, según lo ha expuesto detalladamente en su voto el Dr. Centanaro, de las probanzas de autos surge claramente que el Dr. Juan Pedro del Cerro Naón —en su carácter de agente estatal y codemandado en autos— incurrió en mala praxis médica respecto de la esposa del actor” (del voto del juez Balbín, fs. 1078 vta.).

Por su parte, el recurrente sostuvo a lo largo del pleito que no fue el médico tratante de la Sra. Calvo y que su actuación se circunscribió a la realización de dos biopsias, mientras que la laparotomía exploradora fue suspendida por el servicio de anestesiología, así como indicado el drenaje del absceso por el departamento de infectología que motivó la primera de aquellas, realizada el 19/5/1994. Puntualizó también que durante la segunda internación de la paciente, luego de interconsultas con los especialistas en neumotisiología y anestesiología, se lo convocó como cirujano para reintervenirla sin que la Sra. Calvo hubiera concurrido con posterioridad al control por consultorio externo como le indicara el recurrente, hasta que lo hizo en el mes de octubre cuando fue derivada al servicio de gastroenterología.

Al respecto, la Cámara describe lo ocurrido del siguiente modo: la Sra. Calvo concurrió al Hospital Álvarez y “fue atendida por una médica clínica que le diagnosticó tumor de intestinos o hernia intestinal (...) La atendieron dos profesionales, quienes diagnosticaron en diferente sentido, y ante la duda, la derivaron a la ginecóloga de la misma repartición pública [Dra. Falco, fs. 1001] quien opinó que los padecimientos correspondían a un quiste de ovario (...) a raíz de ello, se la sometió a dos ecografías, de las que no surgió patología alguna (...) ante la falta de diagnóstico preciso se le aconsejó internarse (...) quedando su atención médica en manos del codemandado Dr. Juan Pedro del Cerro Naón, quien le realizó diversos estudios arrojando, todos ellos, resultados negativos”. Agrega que “el Dr. Juan Carlos Chuluyan observó la existencia de un área eritematosa dolorosa infraumbilical (el abdomen presentaba un punto que contenía presumiblemente pus). El jefe de ginecología del Hospital (Dr. Pagés) diagnosticó erisipela y el Dr. Naón ‘*un simple absceso*’ (...) se decide [luego] intervenirla quirúrgicamente para realizarle una biopsia. Ésta se llevó a cabo, el día 19 de mayo, por el último de los nombrados, en su condición de médico cirujano”. Finalmente el relato señala que el Dr. Pagés, de manera contemporánea con el alta definitiva, dijo que “todo sería una simple infección producida por la picadura de un insecto” y que ya en octubre de 1994 consultado nuevamente el Dr. Naón, la Sra. Calvo fue derivada por éste al servicio de gastroenterología departamento en el que el Dr. Dutacky “luego de revisarla diagnosticó una posible retención de gases” (fs. 997/999, 1001/1003 y 1066).

En tal contexto, la defensa articulada por el recurrente exigía que la Cámara analizara el rol que cupo al médico Naón en los sucesos investigados para poder atribuirle la obligación de reparar los daños que tuvo por acreditados. El *a quo* expresó como presupuesto de autoría suficiente y exclusivo la actividad que Naón realizó como cirujano sin evaluar cuál era, por ejemplo, la relación jerárquica que vinculaba a los distintos profesionales que, según la versión admitida por la Cámara, trataron a la Sra. Calvo o cuál la distribución de funciones que el protocolo interno les imponía a cada uno de ellos y el grado de autonomía otorgado para obrar. A Naón no se le imputa no haber obrado con la diligencia propia del arte en relación con la intervención quirúrgica que realizó sino, antes bien, haber omitido desplegar una conducta activa destinada a acceder al diagnóstico o cuadro subyacente a la sintomatología abordada mediante las cirugías que practicó (v. gr., laparotomía exploradora o indicación de estudios complementarios). A esta altura, corresponde señalar que la Cámara tuvo a Naón como responsable por su propia conducta, no solidariamente, lo que la obligaba a identificar la acción u omisión causalmente vinculada con los perjuicios que generaba esa responsabilidad. En un contexto en que concurren múltiples profesionales cuya actuación conjunta estaba organizada por el nosocomio estatal, resultaba imprescindible establecer cuáles eran las obligaciones de cada partícipe o bien las razones para responder por la conducta de otros, si estas razones existieran. El *a quo* omitió analizar tales cuestiones y, en cambio, procedió a atribuir a Naón deberes que surgirían en la situación que el nombrado niega, esto es, aquella en que él hubiera sido el médico de cabecera de la paciente.

Las referencias al dictamen del Cuerpo Médico Forense en tanto indican que en el caso no se agotaron los procedimientos que la correcta ciencia médica imponía y descalifica la realización de un drenaje parcial —practicado por el médico Naón— en vez de una laparotomía exploradora, para afirmar luego que tampoco se agotaron los estudios tendientes a lograr la confirmación diagnóstica y la decisión terapéutica, no subsanan el defecto apuntado pues era deber de la Cámara valorar los dichos de los expertos en relación con las constancias de autos y las reglas jurídicas aplicables, tarea esta última ajena a la que cumplen, por su especialidad, los auxiliares técnicos mencionados. En otras palabras, el *a quo* debió valorar las afirmaciones de naturaleza técnica a la luz de las reglas que gobiernan la responsabilidad. Máxime cuando surge del propio dictamen que: los diagnósticos cuya veracidad controló el cuerpo forense no provenían del demandado Naón (fs. 251, puntos d y e); “se desconoce cual era la especialidad, función y/o cargo de quienes evolucionaron a la paciente con algunas excepciones: cardiología, infectología, anestesiología y ecografía” (fs. 253, punto g); la afirmación según la cual “no se procedió durante la internación a aclarar el diagnóstico del tumor abdominopelviano ni su tratamiento, lo que indudablemente reflejan violaciones groseras a la ciencia médica” responde a una pregunta que aludió de

manera general a la impericia en la atención brindada “por parte del personal médico del Hospital Álvarez” y no del demandado Naón (fs. 256, punto o); el consentimiento firmado por la Sra. Calvo para someterse a una laparotomía exploradora, luego suspendida, fue otorgado a la Dra. Paz y su equipo (fs. 257 punto 3); la conducta seguida en el caso de la esposa del actor fue el resultado de lo indicado por el servicio de infectología (fs. 257 puntos 5/7); la laparotomía exploradora fue suspendida a instancias del servicio de anestesiología (fs. 258, punto 10); las características del proceso de pared abdominal y de acuerdo a los resultados de las biopsias realizadas no surgía de forma indubitable la presencia de un adenocarcinoma de colón, aunque la presencia del tumor abdominopelviano imponían su diagnóstico o directamente su tratamiento (fs. 260, punto 18); no surge de la historia clínica que el Dr. Naón fuera el médico de cabecera de la Sra. Calvo “máxime tratándose de un servicio de Ginecología en un hospital público dependiente del GCBA. No obstante fue el cirujano responsable del acto quirúrgico de fecha 19/5/1994 y del desarrollado el 21/7/1994” (fs. 262, punto 2). Si bien es cierto que el Cuerpo Médico Forense no consideró “razonablemente adecuada” la conducta del Dr. Del Cerro Naón (fs. 262 punto 6), también lo es que en el curso de su dictamen los especialistas consignaron que varios profesionales llevaron adelante el seguimiento de la paciente Calvo y que desconocían “la mecánica de organización de la lista de cirugía del Servicio de Ginecología del Hospital Álvarez” (fs. 262, punto 5).

En este punto, la sentencia impugnada, brinda un fundamento sólo aparente a la decisión que propicia pues las consideraciones *supra* indicadas, soslayadas en el fallo, resultan conducentes y necesarias a fin de establecer la relación de causalidad entre la conducta del médico Naón y los daños que le atribuyen. Así las cosas, en el aspecto señalado, el pronunciamiento cuestionado lesiona de manera directa las garantías constitucionales invocadas por el recurrente y debe ser revocado para que la Sala II del fuero se expida sobre las cuestiones apuntadas, omitidas en el fallo impugnado; tarea imposible para este Tribunal por involucrar de modo principal el análisis de cuestiones de hecho y prueba.

2.3. La forma en que se resuelve el punto precedente torna prematuro expedirse en relación con los agravios destinados a que el Tribunal revise los rubros e importes otorgados como indemnización a cargo del codemandado Naón.

Asimismo, resulta innecesario analizar la queja con otro alcance que el postulado en lo que antecede, pues por su intermedio se reeditan los agravios previamente analizados bajo la invocación de la arbitrariedad de sentencia. Aunque sí corresponde señalar que, en tanto, el recurso de hecho no resulta rechazado, antes bien pudo progresar en proporción al resultado del recurso de inconstitucionalidad, debe reintegrarse al recurrente el depósito de fs. 1055.

3. El recurso de inconstitucionalidad del GCBA postula que la sentencia del *a quo* vulnera el debido proceso adjetivo, la garantía de igualdad y la de propiedad.

3.1. Al concretar sus agravios señala que “el fallo adolece de un grosero error jurídico (...) ya que la inexistencia de nexo causal (...) torn[a] imposible una sentencia condenatoria como la de autos” pues la propia Sala I en lo Contencioso Administrativo y Tributario reconoció “la inexistencia de nexo causal entre la muerte de la cónyuge del accionante y la actuación del médico” (fs. 798/99).

En el punto 2.1. de estos fundamentos sostuve por qué un agravio análogo al enunciado, planteado por el médico Naón, bajo la invocación del principio de congruencia, debía ser rechazado. A esas consideraciones me remito para propiciar idéntico resultado.

3.2. En cambio, los intentos de descalificar el fallo en relación con la condena impuesta al GCBA, por error del diagnóstico y tratamiento brindados a la esposa del actor en un hospital dependiente del GCBA, no pueden ser tratados por remisión a la situación del médico Naón. Si bien el recurso de inconstitucionalidad analizado indica que la Cámara sin atribuir obrar culposo al profesional dependiente de la Ciudad, Dr. Juan P. del Cerro Naón, “condena a los demandados, soslayando elementales principios de derecho” que sujetan la procedencia de la responsabilidad —en lo que ahora importa, a la posibilidad de imputar al accionado la obligación de reparar el daño reclamado—, omito por completo considerar que la mala praxis que el *a quo* consideró comprobada (v. gr., error de diagnóstico y tratamiento) tuvo origen necesariamente en la conducta de alguno de sus dependientes. Sin desacreditar esa circunstancia, el recurso carece de aptitud para modificar la condena que pesa sobre el GCBA cuya congruencia con la pretensión articulada en autos encuentra fundamento suficiente en el fallo impugnado (véase puntos 2.1 y 3.1 de estos fundamentos).

3.3. La reparación otorgada a la actora, en concepto de daño moral, cuyo incremento cuestiona el GCBA fue reconocida en primera instancia sin que a su respecto la demandada planteara a los jueces de mérito problemas de legitimación como los que pretende introducir en su recurso de inconstitucionalidad. Los argumentos que ahora trae el recurrente para criticar las consideraciones expuestas en el voto del vocal preopinante, constituyen una reflexión tardía vinculada con un punto que había quedado firme. De todos modos, no rebate la Ciudad que el *a quo* pudo elevar el importe concedido en primera instancia a partir del grado de sufrimiento que experimentó el actor *iure proprio* (véase fs. 1076, punto 3, último párrafo, voto del juez Centanaro), ni que no fuera ese el único argumento al que adhiere el Dr. Balbín, para formar mayoría con su colega preopinante y elevar la reparación consignada en la sentencia de grado.

3.4. Finalmente, el GCBA se agravia por cuanto la sentencia impugnada lo condena al pago de \$ 20.000 para reparar el lucro cesante generado por el error de diagnóstico ocurrido en un establecimiento que opera bajo su depen-

dencia. Al respecto, señala que el pronunciamiento “no ha valorado que el supuesto daño por lucro cesante tiene su origen en la necesidad de tratamiento de su cónyuge que aun cuando hubiera sido diagnosticada inmediatamente no hubiera podido evitar” (fs. 801/802). En tal sentido, el relato de la actora y la prueba valorada por el *a quo* son contestes en señalar que la condición y capacidad física de la Sra. Calvo no aumentó luego del diagnóstico relativo al tumor maligno de colón que padecía. En palabras del accionante, “[I]os efectos del tratamiento fueron devastadores, ya que le produjeron diarreas, caída de cabello, cejas y pestañas (...) Por otra parte (...) también le provocó cansancio, depresión, dolor de garganta, estómago y problemas para la ingestión alimentaria” (fs. 1004). El período transcurrido entre el diagnóstico de carcinoma y el fallecimiento (entre el diciembre de 1994 y julio de 1996) quedó abarcado por una intervención quirúrgica paliativa (fs. 213 y 222), seis meses de quimioterapia seguidos de otros once de estudios y tratamientos hasta la internación final en el Hospital Álvarez ocurrida el 31 de agosto de 1996 (fs. 1004). En tal contexto, el *a quo* debió justificar por qué las ganancias dejadas de percibir por el actor, durante el período comprendido en la indemnización otorgada, reconocen al error de diagnóstico como causa eficiente y adecuada de su producción. Más aun cuando, como en el caso, el tumor abdominal por el que la Sra. Calvo ingresó en el Hospital Álvarez existía, y al margen de no haberse detectado allí el tumor de colón, requería tratamiento sin que nada se haya dicho para demostrar que esa situación no hubiera sido suficiente para generar la merma de los ingresos familiares originados en el trabajo del actor y su esposa. Tampoco se indicó qué relevancia se otorgó a las consideraciones del Cuerpo Médico Forense según las cuales el tumor de colón que padecía la Sra. Calvo, al momento de la internación en el Hospital Álvarez, “ya representaba un estadio avanzado” sin confirmar pronóstico alguno (fs. 255 punto 1 y fs. 261 puntos 25/6).

En este aspecto, la sentencia del *a quo* revela una apreciación insuficiente de los hechos y constancias de la causa que, nuevamente, resiente la valoración de la relación causal tomada en cuenta para imputar la obligación de reparar el rubro bajo estudio e invalida la asignación de responsabilidad por no haber acreditado la existencia de uno de sus presupuestos básicos. La emisión de un nuevo pronunciamiento que subsane las omisiones enunciadas excede las posibilidades de este Tribunal por involucrar de manera principal el análisis de cuestiones de hecho y prueba por lo que corresponde encomendar la tarea a la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

En cuanto al recurso de hecho articulado por el GCBA, resulta innecesario analizarlo con otro alcance que el postulado en lo que antecede, pues por su intermedio se reeditan los agravios previamente analizados, bajo la invocación de la arbitrariedad de sentencia.

Por las razones dadas, recibido el dictamen del señor fiscal general adjunto, corresponde: hacer lugar parcialmente a los recursos de inconstitucionalidad planteados por los codemandados en autos con el alcance indicado en los puntos 2.2 y 3.4; revocar con igual alcance la sentencia de fs. 1066/1081

para que la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario dicte un nuevo pronunciamiento que subsane las omisiones apuntadas en este pronunciamiento; confirmar la sentencia en cuanto condenó al GCBA a indemnizar a la actora en concepto de daño emergente y moral; imponer las costas de esta instancia en el orden causado por existir vencimientos recíprocos y ordenar se devuelva el depósito de fs. 1055.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Entiendo que los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA y el codemandado, Dr. Juan Pedro del Cerro Naón fueron correctamente concedidos por la Cámara, por los argumentos expresados en la sentencia de fs. 725/726. En efecto, en ellos se demuestra la existencia de una cuestión constitucional por afectación del derecho de propiedad y de la defensa en juicio (arts. 17 y 18, C.N.). Aciertan los recurrentes al expresar que existe un serio defecto en la fundamentación del decisorio de la Sala I (voto de la mayoría), dado que, para otorgar una indemnización pecuniaria en favor del actor, se incurre en una violación del principio de congruencia —obligación que pesa sobre los jueces para decidir los pleitos de conformidad con las pretensiones deducidas en el expediente (art. 145 inc. 6º, CCAyT).

2. De la lectura del escrito de demanda y su ampliación (fs. 5/8 y 13/24, autos principales) se desprende, creo que con nitidez, que el Sr. Menéndez petitiona una reparación económica en concepto de los “daños y perjuicios por mala praxis en el ejercicio médico profesional cuyo desenlace fue el fallecimiento de (su) ex esposa Susana Adela Calvo, acaecido el día 2 de septiembre de 1996” (fs. 5).

Concretamente, en el punto 3 de su escrito de inicio, titulado “Daños que se reclaman”, el actor afirma que se petitiona una reparación “de todos los perjuicios causados por la negligente conducta de los accionados que causaron el fallecimiento de (su) esposa” (fs. 7 vta.).

En la ampliación de demanda antes aludida, al solicitar el resarcimiento en concepto de “lucro cesante”, se expresa que “esa suma debe calcularse desde el fallecimiento de (su) esposa y por un mínimo lapso de diez (10) años hasta los 76 años promedio en que un comerciante minorista deja de trabajar, luego de toda una vida laboral” (fs. 20 vta.).

Al tiempo de referirse al “daño emergente”, se sostiene lisa y llanamente que el reclamo por la suma de \$ 28.000 se solicita “a raíz de la enfermedad de (su) esposa, que culminara con su muerte por error en su diagnóstico, base de la pretensión que se plantea en autos” (fs. 21).

Por fin, al requerir compensación en concepto de “daño moral”, el accionante pide se calcule “conforme las características del caso a la luz del desenlace fatal del hecho” (fs. 21 vta.).

En cuanto a la prueba ofrecida por el Sr. Menéndez, es correcto aseverar que ella se orienta a demostrar la causa del deceso de su esposa (véase punto a, fs. 23), con la finalidad de acreditar que la “falta de servicio” del hospital

público provocó una evolución negativa que condujo al fallecimiento (véase punto p, fs. 24).

3. Pues bien, a partir de la valoración de la prueba producida en autos, tanto el juez de primera instancia como los magistrados de la Cámara coincidieron en afirmar que no se encontraba demostrado en el caso que el deceso de la esposa del actor hubiera tenido como causa eficiente el error y demora en el diagnóstico y tratamiento que se atribuyó al hospital público (fs. 570 y 649 vta.).

Esta circunstancia queda plasmada en el expediente en forma indubitable luego del pedido de explicaciones efectuado por el GCBA a fs. 273 y la correlativa respuesta por parte del Cuerpo Médico Forense a fs. 286. En efecto, cuando la Procuración General del GCBA pide que informe el perito si la causa de la muerte de la paciente —paro cardiorrespiratorio secundario a accidente cerebro vascular— guarda relación causal con la supuesta demora en el diagnóstico de adenocarcinoma, los expertos respondieron: “No. La muerte fue debida a paro cardiorrespiratorio no traumático secundario a accidente cerebro vascular, no surgiendo de la HC (historia clínica) evidencia de diseminación cerebral” (el agregado entre paréntesis me pertenece).

Fue por ello que los jueces no acogieron la solicitud de resarcimiento por la muerte de la esposa del actor.

4. Desde esta perspectiva, si se tiene en cuenta la concreta pretensión contenida en la demanda y el marco fáctico y probatorio antes reseñado, no resulta posible encontrar una justificación plausible que, sin violentar el debido proceso y el derecho de propiedad, permita otorgar una indemnización por otro concepto distinto del hecho invocado como causa eficiente del daño sufrido por el actor.

En el caso, no se ha logrado demostrar que el hecho que originó el presente juicio de daños y perjuicios —el deceso de la Sra. Calvo— se haya producido por la falta de servicio constatada en el hospital público. Así, la condena fijada por la Cámara no puede sostenerse, toda vez que excede los términos en que había quedado planteada la *litis*, tal como lo expresara el juez Horacio G. Corti en su voto disidente (fs. 656 vta./658). Nótese que para valorar la magnitud de todos los perjuicios sufridos (en concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral), el actor siempre argumenta a partir de la referencia al deceso de su señora esposa (véase transcripciones reseñadas en el punto 2 precedente).

La forma en que se resuelve, claro está, no importa despreciar los lamentables padecimientos que el Sr. Menéndez ha experimentado por la pérdida de su compañera y lo explicable que resultan sus acciones —más allá de las inconsistencias reseñadas— como consecuencia de ello. Sin embargo, los jueces de la causa, siguiendo lo expresado por los expertos forenses, determinaron que esa durísima fatalidad que le tocó vivir no puede atribuirse jurídicamente al hospital público (y lograr esclarecer este aspecto era, justamente, el objeto de este proceso judicial).

En atención a la forma en que se resuelve, resulta innecesario adentrarse en el tratamiento de los agravios mantenidos en los recursos de queja interpuestos.

Las costas deben imponerse en el orden causado por las particularidades del caso (art. 62, II, CCAyT).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad deducidos por los codemandados; *b)* revocar la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario obrante a fs. 643/658; *c)* rechazar la demanda interpuesta; y *d)* imponer las costas en el orden causado.

Así lo voto.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA y por Juan Pedro del Cerro Naón, *rechazar* las quejas incoadas por ambos demandados y *dar* por perdido el depósito integrado por el Sr. Del Cerro Naón de fs. 1055. Con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente principal con las quejas.

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

LXXVII

“MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS; MASERO, NÉSTOR LUCIO
Y OTROS S/LEY 255 (JUNÍN 1787)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Integración de depósito. Resolución de trámite posterior a la sentencia definitiva

Expte. nº 4087/05 - 10/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Alfredo Luis Martínez, Néstor Lucio Masero y Jorge Ernesto Vildoza, también en representación de la empresa American Data S.A., interpuso recurso extraordinario federal (fs. 199/205 vta.) contra la resolución de este Tribunal, de fecha 1/3/2006, que desestimó la presentación de la defensa de fs. 157/157 vta. e intimó a los recurrentes a integrar en el plazo de cinco días el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 (fs. 182/190).

2. La defensa solicitó la apertura de la instancia federal porque, según entiende, la resolución recurrida: 1) resultaría arbitraria, por cuanto la mayoría no coincide en la fundamentación (fs. 203/vta.); 2) impone “dificultades y obstáculos para el efectivo ejercicio de la instancia recursiva ante la Suprema Corte, que es la única instancia de control que les queda a los justiciables”, debido a que la exigencia del depósito “será doble para el justiciable: primero deberá depositar por la queja ante VE y luego en la queja ante la Corte Suprema” (fs. 204); y 3) existiría en el caso “gravedad institucional” derivada de la arbitrariedad misma de la resolución recurrida (fs. 205).

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado que le fuera conferido (fs. 208/209 vta.), sostuvo que el recurso extraordinario federal interpuesto debía ser declarado inadmisibile, básicamente, por no cumplir con los requisitos formales de haber hecho reserva del caso federal en tiempo oportuno y por no haber presentado un caso constitucional (fs. 208 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa. Sin embargo, no puede prosperar pues no se articula contra una sentencia definitiva (art. 14 de la ley 48, y arts. 256 y 257 del CPCCN) ni equiparable a tal.

En efecto, es jurisprudencia constante de la CSJN que las resoluciones posteriores a la sentencia definitiva no son, en principio, equiparables a ella y, por tanto, no son cuestionables mediante recurso extraordinario federal (conf., entre otros, *Fallos*, 306:1535; 307:2377; 303:639).

Por estos motivos voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal de fs. 199/205 vta. se dirige, tal como lo manifiesta la señora jueza de trámite en su voto, contra una decisión incidental que no modifica la sentencia de condena ya firme. En efecto, el recurrente impugna una decisión —posterior a la sentencia definitiva— mediante la cual el Tribunal intenta cumplir con la normativa local que exige la integra-

ción de la suma de mil pesos en concepto de depósito (conf. art. 34, ley 402) cuando se deduce, ante el TSJ, una queja por un recurso de inconstitucionalidad previamente denegado por la Cámara.

2. Vale la pena aclarar que el depósito en cuestión no fue exigido en un comienzo porque el recurrente anotició al Tribunal acerca del inicio de un incidente para poder litigar sin gastos (fs. 68 vta.) —razón por la cual se difirió el cobro para posibilitar el tratamiento de su queja—, acción que, en definitiva, el recurrente no cumplió y omisión que este último informó al Tribunal a fs. 157/157 vta.

3. Así se explica que la resolución ahora recurrida sea una decisión de trámite, posterior a la sentencia definitiva y fundada en derecho local, tres caracterizaciones que se oponen a la concesión del recurso extraordinario federal.

4. Más allá de ello resulta necesario puntualizar que:

- a) el Tribunal decidió, por mayoría y de manera fundada —gusten o disgusten esos argumentos—, que el recurrente debía integrar el depósito de la queja rechazada. Por ello, la denuncia de *arbitrariedad* es sólo una de las tantas argucias que, con el único fin de crear confusión, intenta el recurrente. Él deja de lado, incluso, toda la jurisprudencia de la CSJN sobre aquella mentada arbitrariedad (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros) en la cual se aclara que el motivo citado no puede propiciar una tercera instancia de revisión ni, mucho menos, una instancia superior aún;
- b) los inconvenientes que se le presentan al recurrente para litigar frente a la CSJN no son problemas susceptibles de ser resueltos por el TSJ;
- c) en ningún momento el recurrente, durante el curso del procedimiento, tachó de inconstitucional la regla local que impone la integración previa de un depósito para acceder a la queja por inconstitucionalidad; y
- d) todavía más audaz es la denuncia de *gravedad institucional*, pues —que yo conozca— ni el mundo ni la República Argentina han sufrido daño institucional alguno a raíz de la regla del art. 34, ley 402, o bien, como consecuencia del art. 286, CPCCN, normas que regulan el depósito en la queja ante el TSJ y la CSJN, respectivamente.

5. Por las razones sucintamente expuestas en los puntos anteriores, voto por denegar el recurso extraordinario federal intentado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a los fundamentos desarrollados en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, y a los brindados por el señor fiscal general adjunto en cuanto propician la denegación del recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Son varias las razones que determinan la improcedencia del recurso extraordinario federal:

1. Como lo expresa la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, no se dirige contra una *sentencia definitiva* ni equiparable a ella. En rigor, tampoco controvierte una decisión capaz de causar gravamen alguno sino una simple providencia que concreta un acto de trámite y desestima un planteo, por ser insustancial. Esta resolución del tribunal, que hace efectiva la intimación de integrar el depósito, no es susceptible de revisión federal pues, no comporta un notorio apartamiento de lo resuelto en la sentencia que inadmite la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (punto 2º del dispositivo de fs. 153).

2. Las posibles “dificultades y obstáculos” para recurrir ante la CSJN, al requerírsele en este estrado integrar un depósito, no fueron opuestas por el letrado como causas de su omisión, por lo que no es un agravio atendible por *extemporáneo*; tampoco discutió la constitucionalidad o *razonabilidad* de la norma que lo impone, sino que, por el contrario, reveló su desobediencia al compromiso asumido previamente, sobre la base de extraños motivos —un supuesto “criterio integrador” entre recursos distintos— que el tribunal, por mayoría, desestimó sin más trámite.

3. Las cuestiones vinculadas con las formalidades de la sentencia y el modo de emitir los votos en los tribunales colegiados, son, por regla, ajenas a esta vía (*Fallos*, 265:300; 273:289; 281:306; 304:154; 307:1068), lo que no impide su procedencia, cuando se invoca la inexistencia de una mayoría real de sus integrantes (*Fallos*, 233:111; 237:23; 302:320; 305:2218; 311:937); lo determinante es si hay o no una mayoría sustancialmente coincidente (*Fallos*, 234:263, 302:320, 305:2218) o razonamientos corroborantes sucesivos (*Fallos*, 253:185). En nuestro caso, la mayoría concuerda en que la presentación y la explicación sólo pone de manifiesto su inadmisibles incumplimiento; y los tres votos conducen a idéntica determinación, pues la diferencia argumental que apunta el letrado, no constituye contraposición sustancial alguna y carece de relevancia en lo fundamental de la decisión, lo cual, no le autoriza a invalidar esta providencia por *arbitrariedad* —ni convertir a la CSJN en un tribunal de apelación de los asuntos procesales y locales, extraños a su competencia.

4. Finalmente, la insuficiencia de rigor técnico en la argumentación del recurso, huérfano de cualquier mención legal, constitucional, jurisprudencial o doctrinaria que le otorgue un mínimo sustento jurídico a su impugnación —bastaría para ilustrarse de ello, una lectura del capítulo IV) paradójicamente denominado “fundamentación”—, me llevan a compartir las puntualizaciones que desarrolla el Dr. Julio B. J. Maier en su voto (pto. 4) y el tenor de sus

atinados señalamientos sobre la conducta procesal asumida por el letrado a lo largo de sus múltiples presentaciones.

En consecuencia, y una vez más, corresponde denegar su recurso.

Por ello, oído el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 199/205 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

LXXVIII

“LOÑ, CAROLINA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. N° 4143/05, “SOUND GARAJE S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LOÑ, CAROLINA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Contenido. Expresión de agravios. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 4229/05 - 10/5/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

Sound Garaje S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 2505/2561 vta.) contra la resolución del 22/2/2006, por la que el Tribunal rechazó los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por esa empresa con costas.

El recurso fue contestado por la parte actora, que solicita su rechazo (fs. 2565/2568 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. No obstante haber cumplido la recurrente con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. En efecto, el escrito de interposición del recurso extraordinario reproduce casi en su totalidad la fundamentación del recurso de queja de fs. 2261/2297 vta. y la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 1770/1803, presentaciones que el Tribunal rechazó por unanimidad, sin rebatir adecuadamente tan siquiera alguno de los argumentos en que el TSJ fundó la improcedencia de aquellos. De este modo, Sound Garaje [SG] omite articular una crítica concreta y fundada del auto denegatorio que motivó la interposición del presente recurso (*Fallos*, 290:391, 293:166, 302:502, 308:2264, 311:2338, entre muchos otros).

El recurso extraordinario debe ofrecer una argumentación autónoma que satisfaga ciertas exigencias básicas. Específicamente, debe contener: *a)* el relato de los hechos centrales a la causa; *b)* la identificación de la cuestión de derecho federal que, a criterio del recurrente, habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia; *c)* la explicación del modo en que los hechos de la causa se conectan con la cuestión federal; *d)* la expresión de agravios sobre el fallo recurrido. En cuanto a este último aspecto, la expresión de agravios no puede replicar aquellos ya esgrimidos en las presentaciones recursivas rechazadas (sin sustracción ni adición de impugnación alguna) y, además, sin exponer una crítica plausible, concreta y razonada de las consideraciones exhaustivas por las que el Tribunal ya descartó los mismos agravios en el pronunciamiento en crisis.

3. SG invoca la supuesta afectación de una serie (implausiblemente extensa) de derechos y garantías, los mismos que estimaba afectados en oportunidad de plantear el recurso de inconstitucionalidad y de venir en queja: los derechos de defensa en juicio, art. 18, C.N.; debido proceso legal y adjetivo, art. 18, C.N.; garantía de seguridad jurídica, art. 33, C.N.; principio de razonabilidad, art. 28, C.N.; igualdad ante la ley, art. 16, C.N.; propiedad, art. 17 y “los derechos económicos sociales de comerciar, de contratar, de trabajar, etc. (arts. 14 y 33, C.N.)” (fs. 2505).

Idéntica enunciación aparece a fs. 2183 vta. (recurso de inconstitucionalidad), por lo que cabe concluir que, no obstante la nutrida argumentación provista por el Tribunal al fallar el caso, la recurrente no ha entendido razón ni aceptado explicación alguna.

Se agravia también SG, como ya lo había hecho en las anteriores presentaciones recursivas porque, según entiende, la vía del amparo demostró ser inidónea en tanto marco para debatir las cuestiones planteadas (fs. 2513

vta./2519 vta.). Ella agrega que la resolución del Tribunal afecta el principio de congruencia, y con ello su derecho de defensa, por dos vías: *a)* porque la actora escogió una petición de *ultima ratio* en el doble sentido de su objeto (el *cierre definitivo* del local en lugar de una medida intermedia) y de su carácter (excluyente respecto de toda otra decisión); y *b)* porque la declaración de nulidad de la decisión que amplió la habilitación del local en cuanto a la cantidad de personas no era parte de la *litis* (fs. 2519 vta./2523).

4. Considero oportuno destacar que, al resolver los recursos de inconstitucionalidad y de hecho planteados por esta parte, yo afirmé que sólo uno de los agravios esgrimidos por la recurrente, el referido a la alegada lesión al principio de congruencia y, con él, al derecho de defensa, se sustentaba con cierta plausibilidad en las profusas normas invocadas y alegadamente lesionadas por la sentencia de la Cámara. Sin embargo, yo procuré mostrar que, al ser la base de la demanda el derecho a gozar de un medio ambiente saludable, su tutela podía alcanzarse mediante la condena a SG a ejecutar otras acciones teleológicamente orientadas a materializar ese fin (por ejemplo, las medidas de insonorización y de adecuación del sistema de ingreso y egreso para evitar la aglomeración de personas en la vía pública), sin necesidad de disponer la más drástica medida consistente en la clausura o cierre definitivo del local (apartados 2 y 3). Más aún: yo destaqué, principalmente a propósito del modo como los camaristas lograron armonizar los intereses en conflicto a través de la solución expuesta, la ejemplaridad de la sentencia de la alzada desde el punto de vista hermenéutico “dada su lograda conciliación de pautas interpretativas razonables que concretan el ideal de tomar en serio pretensiones legítimas como las invocadas por la parte actora sin por ello cancelar una actividad comercial que no está en el ánimo de nadie desalentar, o imponerle cortapisas irrazonables” (apartado 7).

La recurrente no parece entender, o aceptar, que la sentencia de Cámara, confirmada por el Tribunal, simplemente le dirige un mandato para que desarrolle su actividad de forma tal que ella incida de la manera más inocua que resulte posible respecto del derecho de sus vecinos a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Al perder de vista que este logrado ejercicio interpretativo fue intentado, en buena medida, para tutelar los derechos de la propia recurrente al evitar el cierre definitivo de su local, el presente recurso reduce y denigra dicho ejercicio a la supuesta creación de “una excepción a la regla del principio de congruencia mediante argumentos dogmáticos” (fs. 2521), que considera reductibles al adagio —cuando menos simplista en este contexto— según el cual “quien puede lo más puede lo menos” (fs. 2521 vta.).

Ausente en esta respuesta de SG, así como en la reiterada mención de las restantes impugnaciones, una crítica razonada y autónoma del decisorio

en crisis, estimo que ninguna de las circunstancias mencionadas en el escrito recursivo permite inferir con claridad mínima de qué forma son concretados en el caso los agravios constitucionales enunciados.

5. De acuerdo con lo expuesto, sólo cabe concluir, conforme al fallo unánime del TSJ, ahora puesto en crisis, que:

- a) el Tribunal decidió rechazar los recursos planteados por Sound Garaje por falta de articulación de un *caso constitucional* en la causa (la revisión de cualquiera de las cuestiones articuladas como agravios escapa a las rectas posibilidades de examen por parte del Tribunal, puesto que todas ellas se despliegan en el plano infraconstitucional);
- b) ante el deber de resolver ahora el recurso extraordinario federal planteado por SG, y por paridad de razonamiento respecto de aquello expuesto en el punto a), se impone rechazar esta nueva presentación recursiva, puesto que ella no expone una *cuestión federal*. La recurrente afirma que su presentación encuadra en el art. 14, inc. 3° de la ley 48 pero, si bien *enuncia* o *menciona* la afectación de múltiples garantías constitucionales enumeradas *supra*, ella no logra exponer cómo dichas garantías han sido desconocidas en la sentencia atacada y cuál es, concretamente, la disposición federal cuya inteligencia funda el derecho que invoca.

En el decisorio impugnado no se puso en debate la interpretación de disposición constitucional, ley o tratado alguno cuyo desconocimiento autorice en esta instancia la intervención de la Corte Suprema como custodio final del derecho federal. Por consiguiente, el recurso carece de fundamentación suficiente, pues la recurrente remite a normas constitucionales presuntamente afectadas pero, reitero, no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base (este Tribunal, *in re* “Rozen, Frejda s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Rozen, Frejda c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión’”, expte. n° 2183/03, resolución del 10/9/2003).

6. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal en este caso, SG procura introducirla merced a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad. Como lo he señalado múltiplemente, yo sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad*, que no acepto como motivo de procedencia del recurso extraordinario federal (conf. mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792). Sin embargo, más allá del mayor o menor grado de estrictez que cada uno sostenga respecto de esta doctrina, remarco que la recurrente, en su crítica de la sentencia, no ha

demostrado un déficit de fundamentación que permita descalificar el pronunciamiento cuestionado como acto jurisdiccional válido.

En tal sentido, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad se considera estricta por la propia 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, C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisibile en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia del recurrente con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia (conf., por todos, “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y 2585/03, resolución del 12/8/2004, y sus citas, que explica con extensos fundamentos esta situación).

7. Por último, la índole de las cuestiones debatidas pone en evidencia la desmesura de invocar la doctrina de la Corte federal referida a la supuesta “gravedad institucional” de la sentencia del TSJ. Sobre el punto sólo deseo agregar que, para la procedencia de este motivo de impugnación extraordinario se requiere, al menos —según la propia doctrina de la CSJN e, incluso, sin compartirla—, la existencia de cuestión federal, ausente en autos: “La invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100, C.N.” (*Fallos*, 311:120).

Por lo demás, no se justifica de manera adecuada de qué forma concreta la decisión del Tribunal comprometería principios institucionales básicos de la Nación Argentina o afectaría de modo directo a la comunidad íntegra, tal como exige la doctrina de la Corte.

Como surge de los considerandos precedentes, concluyo que en este caso no se debate cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo que el recurso intentado debe declararse inadmisibile.

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con el voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier. El recurso extraordinario interpuesto por Sound Garaje S.A. (fs. 2505/2561 vta.) no puede prosperar, toda vez que no se ha logrado demostrar la existen-

cia de una cuestión federal que permita acceder a los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. La recurrente efectúa una invocación genérica de derechos constitucionales supuestamente vulnerados (arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 33, C.N., véase fs. 2505 vta.) que luego no aparece relacionada de manera suficiente con la cuestión debatida en la causa. Asimismo, más allá de la extensa y reiterada alusión a las reglas constitucionales apuntadas que contiene la pieza recursiva, la interesada no rebate de manera concreta y razonada los diversos fundamentos brindados por este Tribunal en su sentencia de fecha 22/2/2006. En buena medida, el escrito que nos ocupa reproduce las objeciones oportunamente efectuadas para cuestionar la sentencia de la Cámara. En este sentido, es sabido que para acceder a la instancia extraordinaria federal “(e)l recurso debe contener una crítica concreta y razonada de todos los argumentos en que se apoya el fallo que se impugna” (*Fallos*, 303:620, 1517; 305:2049; 307:1873; 312:2421; 313:1077; 316:2723; 318:2329; 323:1261 y 2744, entre otros).

Ello basta, en mi concepto, para concluir que en este caso no resulta posible habilitar la competencia del Alto Tribunal federal por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

3. En relación con la alegada arbitrariedad del pronunciamiento recurrido, hago propios los desarrollos del señor juez de trámite, más allá de los enfoques que hemos expresado en distintos precedentes a la hora de abordar la denominada doctrina de la “arbitrariedad de sentencia” —matices que, en este caso, resultan totalmente secundarios—. En este punto, el recurso deja en evidencia el desacuerdo de Sound Garaje S.A. con la decisión atacada, pero tampoco logra introducir por este motivo una cuestión federal.

4. La invocación en el caso de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre “gravedad institucional” tampoco permite habilitar la vía extraordinaria. Tal como lo sostuve en la sentencia que ahora se objeta, la parte recurrente no ha acreditado en qué medida lo resuelto en este juicio puede llegar a proyectarse y afectar otros derechos constitucionales o intereses jurídicamente protegidos que no sean los propios (véase punto 4 *in fine* de mi voto).

5. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La ausencia de cuestión federal define el rechazo del recurso de fs. 2505. Cabe agregar que, como también lo hace el señor juez de trámite, que los restantes agravios carecen de entidad suficiente para habilitar la vía intentada. Voto entonces por el rechazo del recurso federal deducido.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por Sound Garage S.A., con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se devuelva como está ordenado a fs. 2499, punto 4.

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

LXXIX

“LA ESCALERA NORTE S.A. C/GCBA S/DAÑOS
Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO
DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.
Interpretación de normas de carácter local. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4076/05 - 10/5/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

La Escalera Norte S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 396/403) contra la resolución del 8/2/2006, por la que el Tribunal rechazó el recurso de apelación deducido por la actora, con costas.

El recurso es contestado por el GCBA, que solicita su rechazo (fs. 406/412 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. El recurso extraordinario federal planteado por la actora, no obstante dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos —de tiempo y forma— exigidos ritualmente, no debe ser admitido.

2. Ello es así, en primer lugar, porque la cuestión debatida y resuelta no versó sobre la interpretación de una norma de la Constitución Nacional, sobre una regla de derecho federal, ni sobre un acto de la autoridad nacional. La solución del pleito tuvo en cuenta los términos expuestos en el escrito de demanda, las excepciones planteadas por la parte contraria y las reglas de procedimiento local referidas a la habilitación de la instancia contencioso administrativa, cuestiones, todas ellas, ajenas a la materia propia del recurso extraordinario federal, según lo reconoce la propia recurrente a fs. 398 vta., *in fine*.

3. Por lo demás, la recurrente se agravia de la supuesta arbitrariedad de la sentencia dictada por el TSJ (conf. fs. 396 vta./399 vta.). Yo tengo una posición particular respecto de la llamada *arbitrariedad* como motivo de impugnación de una sentencia (conf. por ejemplo, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792). Sin embargo, mi posición no influye en este caso, porque el Tribunal, en conjunto, también ha expresado —con la CSJN— que la doctrina de la arbitrariedad “no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter *excepcional* [énfasis agregado] en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el pronunciamiento criticado como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros). Objetivamente, la sentencia dictada por este Tribunal —objeto del recurso— contiene las razones de su dispositivo, sean o no sean compartidas por el recurrente.

4. La actora plantea, asimismo, que la sentencia conculca los derechos de defensa en juicio, debido proceso (art. 18), propiedad (art. 17), las garantías establecidas en los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, los derechos de legalidad (art. 19, C.N.), razonabilidad (art. 28, C.N.) y jerarquía normativa (art. 31, C.N.); la protección integral de los derechos humanos fundamentales prevista por remisión del art. 75, inc. 22; los arts. 1°, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos y los arts. 6° y 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (véase punto VIII del escrito, fs. 402 vta.).

Sin embargo, el recurso carece de fundamentación suficiente, pues el recurrente se limita a enunciar una serie (implausiblemente extensa) de derechos y garantías supuestamente conculcados y a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida, sin vincularlos argumentativamente con la

cuestión debatida, ni controvertir los fundamentos de la sentencia sobre esa base (conf. este Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; “Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración’”, expte. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

5. De acuerdo con lo expresado en los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, voto porque el recurso se declare inadmisibile, con costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en cuanto sostiene que el recurso extraordinario interpuesto no puede prosperar, toda vez que en el *sub iudice* no se debate cuestión federal alguna que habilite la instancia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, incluso, más allá de los enfoques que hemos expresado en distintos precedentes a la hora de abordar la denominada doctrina de la “arbitrariedad de sentencia” —matices que en este caso, tal como lo destaca mi colega en el punto 3 de su voto, resultan totalmente secundarios.

Por ello, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por La Escalera Norte S.A., con costas (art. 68, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por La Escalera Norte S.A., con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 391, punto 2.

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

LXXX

“LATINOCONSULT S.A. - PROEL SUDAMERICANA S.A. - ARINSA S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS C/GCBA S/OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RES. PÚBLICAS NO ESTATALES S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4023/05,
“LATINOCONSULT S.A. - PROEL SUDAMERICANA S.A. - ARINSA S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LATINOCONSULT S.A. - PROEL SUDAMERICANA S.A. - ARINSA S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS C/GCBA S/OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RES. PÚBLICAS NO ESTATALES’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión
Interpretación de normas de carácter local. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4100/05 - 10/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 946/970) contra la resolución de fecha 1º/3/2006 por la que el Tribunal hizo lugar al recurso de apelación deducido por la Unión Transitoria de Empresas conformada por Latinoconsult S.A., Prole Sudamericana S.A. y Arinsa S.A. (en adelante: la UTE) y, en consecuencia, revocó la sentencia recurrida y confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la suma de \$ 1.170.000,00 (un millón ciento setenta mil pesos), en concepto de facturas impagas, más los intereses correspondientes (fs. 931/942).

El recurso es contestado por la UTE, quien solicita que sea declarado inadmisibles y, en su subsidio, se lo rechace por improcedente (fs. 974/992).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El escrito interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente. No obstante, como lo señala la UTE, la cuestión debatida no es de carácter federal y ello impide la concesión del recurso.

2. La parte demandada expresa que “en lo esencial, fundamento el presente recurso en hecho de que la sentencia cuestionada incurre en arbitrarie-

dad, al incurrir en autocontradicción, por su falta de fundamento normativo al apartarse de la ley aplicable al caso, por evidenciar un excesivo rigorismo formal y por prescindir de efectuar un tratamiento adecuado de la cuestión, de acuerdo con las constancias de la causa y de las disposiciones legales vigentes, con directo menoscabo de garantías constitucionales” (fs. 946 y vta.). Invoca, entonces, los derechos de propiedad y defensa en juicio y menciona los arts. 17 y 18 de la C.N.

3. Conviene recordar que se debatió en la causa la existencia o no de una deuda del Gobierno con la UTE a raíz de las prestaciones que ella habría efectuado en el marco del contrato que la vinculó con el Estado local, tendiente a la supervisión y control de la realización, por otras empresas, de determinadas obras y del mantenimiento de ciertos hospitales.

La cuestión que las partes sometieron a la decisión de este Tribunal se limitó a la revisión de la sentencia de segunda instancia que, por mayoría, rechazó la demanda en relación con las facturas correspondientes al período octubre de 1993 /octubre de 1994, por considerar que no se había presentado el “parte de recepción definitiva” exigido por el dec. mpal. 7522/78. El Tribunal ponderó que el convenio celebrado por las partes contemplaba un mecanismo diferente para tener por acreditadas las prestaciones, cuya validez no fue cuestionada por la Procuración General; y que, conforme el régimen convencional, la actora cumplió con las exigencias para que se le reconociera su crédito.

Lo expresado pone de manifiesto que en la causa sólo debía valorarse cuáles eran las normas contractuales y reglamentarias locales que regían el contrato celebrado por el Gobierno local para la supervisión de obras en sus edificios hospitalarios, y decidir, sobre la base del derecho considerado aplicable, si el Estado adeudaba o no una suma de dinero a la UTE.

La cuestión debatida en autos no involucra ninguna regla de derecho federal, ni acto de la autoridad nacional, ni pone en tela de juicio la interpretación o el alcance de alguna disposición de la Constitución Nacional. Es de exclusiva competencia local y, en consecuencia, no constituye una materia federal que permita acudir a la vía del art. 14 de la ley 48.

De tal forma, resulta aplicable la constante jurisprudencia de la CSJN que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de la interpretación de normas y actos locales (doctrina de *Fallos*, 114:42; 273:347; 303:769; 308:1577; 316:842, entre muchos otros).

4. Ante la falta de ese requisito, como fue señalado anteriormente, la parte actora cuestiona la sentencia por arbitrariedad. Pretende, de ese modo, introducir la cuestión constitucional federal por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio en un asunto de neto carácter local.

La Procuración expresa cuatro razones por las que el fallo sería arbitrario: a) por auto contradicción, en tanto la sentencia consideraría inválido el

contrato, pero haría lugar al reclamo; *b*) por apartarse de la ley aplicable, al considerar el Tribunal que las partes establecieron un mecanismo para la acreditación del cumplimiento de las prestaciones diferente al establecido en la reglamentación, y aplicar las normas contractuales; *c*) excesivo rigorismo formal, en tanto la sentencia no se expide sobre la validez del contrato y *d*) tratamiento inadecuado de la cuestión de acuerdo con los hechos y el derecho.

Sin perjuicio de dejar señalado que el recurso efectúa una interpretación incorrecta de la sentencia en cuanto afirma que el Tribunal consideró inválido el contrato —pues en ella el Tribunal no se pronunció sobre la validez o invalidez del contrato ya que esa cuestión no fue propuesta por las partes a su decisión, ni a los jueces de las anteriores instancias—; la impugnación articulada sólo pone de manifiesto el desacuerdo de la apelante con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que “La tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta” (*Fallos*, 308:1757). Es que la admisibilidad del recurso por “arbitrariedad”, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos*, 184:137, es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

5. 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).

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

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Comparto la solución propuesta y los fundamentos articulados en el voto del señor juez de trámite.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 946/970, con costas a la vencida.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 942, punto 6.

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

LXXXI

“OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘LISTA CARLOS ENRIQUE Y OTROS C/OSCBA
(OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) S/AMPARO’”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad.

Cuestión federal. Invocación genérica de garantías

constitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional

Expte. n° 4160/05 - 10/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires interpone recurso extraordinario (fs. 227/306) contra la decisión de fecha 22/2/2006 (fs. 210/220) por la que el Tribunal decidiera admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

2. El recurso es contestado por la parte actora, que solicita su rechazo (fs. 310/312).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. En efecto, el recurrente reitera el defecto que ya señalara el Tribunal en la sentencia de fs. 210/220, al rechazar el recurso de inconstitucionalidad. En esa oportunidad el Tribunal señaló que “el impugnante no logra demostrar que exista una específica vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara (dar cumplimiento al art. 38 de la ley 472), y los principios y derechos constitucionales, o la legislación nacional invocada por la recurrente”. Ahora, el escrito de interposición del recurso extraordinario reproduce casi en su totalidad la fundamentación de los recursos de queja y de inconstitucionalidad sin lograr refutar el argumento en que el Tribunal fundara el rechazo de este último.

Tiene dicho la Corte Suprema que “el escrito mediante el cual se interpuso recurso no satisface el requisito de fundamentación autónoma, toda vez que, habiendo reiterado el tribunal la doctrina emergente de un pronunciamiento anterior, la apelante no demuestra en forma concreta que la cuestión analizada en éste es diversa a la que ahora se controvierte, en forma tal que lo allí decidido no resulte válido para resolver el caso, ni rebata mediante una crítica razonada los argumentos que sirven de apoyo al criterio adoptado por el precedente (*Fallos*, 303:113).

La crítica concreta y razonada de los argumentos del juzgador, requisito de este recurso, no se suple con la reiteración dogmática de meras manifestaciones opuestas con anterioridad y atendidas a su turno por el sentenciante.

El cumplimiento del recaudo de fundamentación autónoma es particularmente exigible cuando la impugnación se basa en la tacha de arbitrariedad, situación en la que está a cargo del recurrente la demostración de que su agravio se vincula con el desconocimiento de garantías constitucionales (*Fallos*, 306:1004).

3. Con relación al agravio referido a la competencia del fuero federal, el mismo es insustancial, como ya fue puesto de manifiesto en la resolución de fs. 210/220, en vista de lo resuelto por la CSJN *in re* “Lotártaro, María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA]”, sentencia del 29/6/2004 (Competencia n° 37. XL), a favor de la competencia local, conclusión que, por lo demás, la recurrente no rebate.

4. Las garantías constitucionales genéricamente invocadas no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). Atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, es necesario que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos*, 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos*, 187:624; 248:129, 828; 268:2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos*, 295:335; 310:2306).

En el caso, el recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentalmente con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base. El agravio referido al derecho de defensa y debido proceso (fs. 268 vta.) vuelve, sin éxito, sobre los fundamentos que la sentencia de Cámara utilizó para resolver como lo hizo. Sobre este punto, cabe reiterar lo dicho por este Tribunal en “Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3080/04), resolución del 29/6/2005, y “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3544/04), resolución del 6/7/2005, voto de la Dra. Ruiz, al cual adherí en ambas oportunidades, “la recurrente insiste en defensas y manifestaciones que ya fueron consideradas y rechazadas por el Tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad y no articula una cuestión federal que habilite el recurso en análisis”. Los restantes derechos y principios constitucionales enumerados en el punto XI. 4 del escrito (fs. 278) están extensamente enunciados pero desprovistos de una seria y eficiente vinculación con los hechos y el derecho debatido en la causa.

En suma, el recurrente incurre en los mismos defectos que ya contenía su recurso de inconstitucionalidad, pues reitera una vez más, con idénticos argumentos, su discrepancia con la decisión de la Cámara del fuero contencioso local, sin llegar a plantear de manera adecuada un caso constitucional en la anterior ocasión, y ahora un caso federal.

5. Por otra parte, la normativa puesta en juego para resolver la causa constituye, más allá de su acierto o error, aplicación e interpretación de reglas de derecho público local, por lo que queda excluida de la materia propia del recurso extraordinario federal.

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

6. La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad —causal establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos*, 184:137— es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608, entre otros) y no cubre las discrepancias de la apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757) sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376).

En el caso, los agravios de OSCBA sólo traducen la disconformidad del recurrente con la interpretación que la Cámara efectuara de una norma local sin demostrar el desapego constitucional de la hermenéutica efectuada por la alzada, ni la arbitrariedad de la decisión del Tribunal al rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Tales razones impiden habilitar el remedio extraordinario que se pretende.

7. La invocación de la existencia de “gravedad institucional” tampoco permite la concesión del recurso, pues para la procedencia de este motivo de impugnación extraordinario se requiere, en principio, la existencia de cuestión federal, ausente en autos. “La invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100, C.N.” (*Fallos*, 311:120). Por lo demás, no se justifica de manera adecuada de qué forma concreta la decisión del Tribunal comprometería principios institucionales básicos, tal como lo exige la doctrina de la Corte.

8. Con relación al agravio planteado a fs. 305 por el cual la recurrente considera que el tribunal “no ingresa en un acabado tratamiento del caso”, cabe agregar que los jueces no están obligados a evaluar todos y cada uno de los argumentos sometidos a su consideración por las partes, sino sólo aque-

llos que estiman relevantes para la decisión que deben dictar, y que el hecho de que OSCBA discrepe con lo decidido no implica descalificar las resoluciones cuestionadas como actos judiciales válidos.

9. 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.

Los jueces LUIS F. LOZANO, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:
Adherimos al voto de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al fundado voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, y a la solución que propone en orden a la denegación del recurso extraordinario federal interpuesto, con costas.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por OSCBA a fs. 227/306, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 220.

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

LXXXII

“LAMARTINE S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘LAMARTINE S.A.
C/GCBA —DGR— S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. Invocación genérica de garantías constitucionales. Cosa juzgada administrativa. Principio de igualdad. Principio de equidad. Naturaleza penal de la multa. Ley penal más benigna. Condonación

Expte. n° 4347/05 - 23/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Lamartine S.A. interpuso un recurso de queja (fs. 61/7) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario cuyo contenido se transcribe a fs. 1/vta. El auto cuestionado declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que se presentó (fs. 3/11) respecto de la sentencia que —luego de denegar un pedido de condonación de multa— confirmó el pronunciamiento del juez de primera instancia, y rechazó la impugnación de la sanción oportunamente impuesta por la DGR (fs. 28/33 vta.).

2. La actora había impugnado judicialmente la multa dispuesta por resol. 5442-DGR/00 (conf. art. 114, ley 541) y, antes de que se dictara sentencia al respecto, solicitó su condonación al juez de primera instancia (fs. 50), en los términos de la —por entonces— reciente ley 671, y de su dec. regl. 2076.

El magistrado rechazó el pedido, entre otros motivos, porque entendió que las normas invocadas (puntualmente el art. 2º, inc. c], ley 671 y el art. 6º, dec. 2076) sólo permitían la condonación de multas que no hubieran quedado firmes en sede administrativa antes del 31 de octubre de 2001, requisito que no se satisfacía en el caso de la actora (fs. 48/9).

Frente a ello, el representante de la firma Lamartine S.A. interpuso recurso de apelación (fs. 44/7), finalmente rechazado por la Cámara con argumentos similares a los que fundaron la decisión apelada (fs. 42/3 vta.).

3. La causa —ya resuelto el pedido de condonación, como se reseñó en el punto anterior— continuó su trámite en primera instancia. El magistrado que intervino declaró la cuestión “de puro derecho” y, por lo tanto, ordenó el traslado previsto en el art. 389, ley 189. La recurrente, al contestarlo (fs. 36/40), se limitó a cuestionar la imposición de la multa del mismo modo en que lo había efectuado al iniciar la vía judicial.

Una vez cumplido aquel acto procesal, fue dictada sentencia en contra de la pretensión de la accionante (fs. 28/33 vta.). La firma Lamartine S.A. apeló este pronunciamiento (fs. 19/26 vta.).

4. Al momento de expresar sus agravios ante la Cámara, la actora —además de criticar lo resuelto por el juez de grado— introdujo un nuevo pedido de dispensa de la sanción (fs. 19vta./20). Esta vez, la base jurídica del planteo fue la entrada en vigencia de la ley 1078, y de su dec. regl. 1736, que reestableció el régimen de regularización de obligaciones previsto en la ya mencionada ley 671 y normas concordantes.

5. La Sala II —en ocasión de resolver el recurso— decidió el caso en contra de las pretensiones de la actora; es decir, rechazó su nuevo pedido de condonación (reintroducido, como se señaló, en segunda instancia) y, en relación con el fondo de la acción, declaró válida la multa oportunamente impuesta.

Este pronunciamiento motivó la presentación de un recurso de inconstitucionalidad —donde se cuestionó el rechazo de ambos planteos—, que, como ya se indicó, fue denegado por los camaristas (fs. 1).

6. La actora sólo mantiene en esta queja ciertos agravios vinculados al rechazo de su pedido de condonación de multa, sin cuestionar la validez de esa sanción.

En resumen, considera que el fallo dictado por los jueces de la Cámara —quienes entendieron que la ley y el decreto invocado por la recurrente no eran aplicables en este caso— se aparta de la normativa vigente (conf. fs. 64 vta.), vulnerando así su derecho de propiedad, y los principios constitucionales que rigen la materia tributaria (arts. 12, inc. 5º y 51, CCBA, 17 y 18, C.N.).

7. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 76/9), propuso el rechazo de la queja. Señaló que ésta reitera el defecto que contenía el recurso de inconstitucionalidad: no logra acreditar la existencia de un caso constitucional.

En este sentido, entendió que la presentación sólo incluye referencias constitucionales sin desarrollo autónomo, que dejan traslucir la simple disconformidad del recurrente con la decisión de la Cámara.

Por último, destacó que la sentencia impugnada abarca exclusivamente cuestiones reservadas a los jueces de mérito (interpretación de normativa infraconstitucional, y valoración de hechos y pruebas).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. Los miembros de la Sala II denegaron el acceso al Tribunal porque consideraron que el recurso en análisis no lograba acreditar la existencia de un caso constitucional (conf. art. 27, ley 402).

La actora, en esta queja, resume los antecedentes de la causa y presenta algunos de los agravios que —desde su punto de vista— le provocó la sentencia de fs. 13/8, todos ellos relativos al rechazo de su pedido de condonación de multa (conf. punto 6 de los resultandos de este fallo).

Sin embargo, la crítica que se efectúa al auto denegatorio no alcanza a rebatir los argumentos por los cuales la Sala II declaró inadmisibile el recurso.

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. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). En otras palabras, así como fue obligatorio para los jueces de la Sala II fundar

la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

3. En verdad, tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad se limitan a cuestionar la interpretación que los jueces intervinientes dieron a ciertas normas infraconstitucionales, sin confrontar fundadamente el acto surgido como resultado de esa interpretación (la sentencia) con reglas incorporadas en las constituciones que nos rigen (nacional y de la ciudad). Es decir, la actora ni siquiera expone de manera sólida las razones por las que el modo en que se aplicaron las leyes y decretos involucrados en el pleito lesionaría cláusulas constitucionales.

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 tantos otros, “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 20 y ss.).

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz.

Creo conveniente agregar lo que sigue. La recurrente sostiene que la sentencia del *a quo*, al considerarla no incluida en el beneficio previsto por la ley 1078, afectó su derecho a ser tratada de igual modo que los contribuyentes que dicha norma beneficia. A fin de fundar lo cual asevera que la voluntad del legislador fue equiparar a los contribuyentes que se acogieron al régimen de la ley 1078 con aquellos otros que cancelaron el impuesto adeudado, con anterioridad a la sanción de dicha ley. Esa voluntad, según sus dichos, se manifestaría en el dec. 1736 —reglamentario de la ley 1078— cuyo art. 14 prevé una condonación general de las sanciones, a condición de que, entre otros recaudos, el impuesto adeudado hubiera sido totalmente cancelado antes de la medianoche del 30/6/2003. Pero, no rebate adecuadamente el argumento del *a quo* según el cual el mentado artículo, “(...) establece el trámite, las características y requisitos exigidos no para que proceda cualquier condonación de sanciones impuestas por las autoridades administrativas, sino sólo para aquellos casos en los que corresponda hacer lugar al beneficio otorgado por el art. 6° del dec. 2076/01 (...)”, de lo que resultaría que la actora no se encuentra amparada por dicha norma.

Por lo demás, el art. 5° del dec. 1736 —sustitutivo del art. 6° del dec. 2076/01—, establece que podrán ser condonadas de oficio, “con excepción de las que hubieran pasado en estado de cosa juzgada administrativa, entendiéndose por tal a las firmes, es decir, *aquellas respecto de las cuales se encuentre agotada la vía administrativa al 30 de junio de 2003*, todas las multas impuestas (...)”. La frase destacada por mí, con que el emisor de la norma ha brindado un criterio para aplicar la condición de tratarse de multas que no hubieran alcanzado la estabilidad de la “cosa juzgada administrativa”, introduce un uso ciertamente novedoso de la expresión que he entrecomillado. Ello así, puesto que en el lenguaje usual la estabilidad de la cosa juzgada administrativa —menor que la de la judicial— resulta del ejercicio de funciones administrativas. Aplicar la multa es función de índole jurisdiccional, por lo cual la sanción adoptada por la Administración nunca alcanza la estabilidad de un acto administrativo, sino que, en verdad, pasa en autoridad de cosa juzgada judicial [Nota: En este sentido, LINARES, Juan Francisco: *Cosa juzgada administrativa*, Kraft, Buenos Aires, 1946, *passim* y en especial p. 20, donde señala “(...) que la administración indirecta constituye, como actividad del Estado, ‘jurisdicción’ antes que ‘administración’, objetivamente, es decir con prescindencia del órgano que la realiza. Por eso están en lo cierto Enrique R. Aftalión y Laureano Landaburu (h.) cuando reivindicán para la ciencia del derecho penal el estudio de la ilicitud de las faltas o contravenciones y predicán la disolución del pseudo problema del ‘derecho penal administrativo’. Y de allí que si la llamada ‘administración indirecta’ es jurisdiccional como puede serlo una sentencia que condena a un homicida, en cuanto se la considera con prescindencia del órgano que la dicta, rija y valga para aquella la teoría de la cosa juzgada judicial”], cuando no resulta impugnada ante un juez competente, o no cabe hablar de cosa juzgada a su respecto, cuando lo es. Pero, nada obsta a que el órgano emisor de la norma introduzca un uso distinto para las mismas palabras, a condición de que lo aclare, como ocurre en el caso. Así aplicada la norma, y conforme surge del expediente, sin mediar controversia al respecto, la empresa actora, habría tenido, para ese entonces, agotada la vía administrativa con relación a la multa impuesta por la administración.

El juez José O. CASÁS dijo:

I. Adhiero al voto de mi colega y jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, y a los fundamentos vertidos en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, en cuanto consideran que corresponde rechazar el presente recurso de queja. En efecto, la recurrente no ha logrado articular un caso constitucional, lo que torna inatendible en esta instancia el recurso y la queja con que pretende sostenérselo, por resultar insuficientes los reproches genéricos que formula acerca de la afectación del derecho de propiedad (art. 17, C.N. y 12, inc. 5°, CCBA), de aquellos principios que rigen la materia tributaria

(art. 51, párr. 2º, CCBA), como de la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.).

2. El recurrente alega que la forma en que se ha decidido la causa en las instancias de mérito importa hacer “una discriminación entre aquel contribuyente que ingresó el impuesto al amparo del régimen de regularización, de aquél otro contribuyente que abonó el impuesto antes de la sanción de las leyes de moratoria impositiva, lo que vulnera el principio de igualdad y equidad” (fs. 7). A este respecto, cabe recordar que, tempranamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa: “Criminal c/Don Guillermo Olivar, por complicidad en delito de rebelión” —*Fallos*, 16:118—, sentencia del 1º/5/1875, dejó sentado que: “la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurientes la ley según las diferencias constitutivas de ello, y que cualquier otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social”. Ello es así, ya que el principio de igualdad que establece el art. 16, C.N. sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que el legislador contemple en forma diferente situaciones que considera distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra indebido privilegio personal o de grupo.

En punto a la equidad, también en un viejo precedente, *in re*: “Fidel Sala (sus herederos) c/Provincia de Santa Fe, s/inconstitucionalidad de un impuesto a las herencias transversales” —*Fallos*, 100:51—, sentencia del 2/8/1904, el Tribunal cimero dejó sentado en el considerando 13: “Que si la Constitución Nacional, en su art. 5º, no ha hecho de la moderación de los impuestos... una de las condiciones de la garantía al goce y ejercicio de las instituciones provinciales..., no es admisible que se haya querido dejar a la discreción del Poder Judicial de la misma Nación, la facultad de declarar sin valor, en casos concretos, la legislación provincial relativa a impuestos..., porque este último poder es el menos adecuado, por su naturaleza, funciones y reglas de procedimiento, para decidir sobre la necesidad y equidad de las contribuciones y para apreciar los resultados económicos de ellas, según su monto o la manera de cobrarlos, en lo que, como se ha observado con exactitud, no puede haber cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya se trate de sumas fijas, ya de graduadas o proporcionales a los valores sobre que recaen, y aun cuando pueden afectar indirectamente la transmisión hereditaria de la propiedad”. A lo que cabe agregar que a idéntica conclusión ha de arribarse respecto de la decisión del legislador en cuanto establezca qué multas resultan condonadas, y cuáles no, salvo que la inconstitucionalidad

pretenda sustentarse desde otro ángulo, como el de invocar el *principio de aplicación de la ley penal más benigna* correspondiente a situaciones sustancialmente análogas; el *cuestionamiento de las penas como crueles o aberrantes* o contravenir la norma del *principio de proporcionalidad*, entendido como la adecuada correlación entre la afectación por el injusto de un bien jurídico tutelado en particular y de la naturaleza y/o entidad de la sanción a que conduce el reproche (véase doctrina de la causa: “Mickey S.A.” —*Fallos*, 314:1376—, sentencia del 5/11/1991).

3. Sin embargo, no está de más, tal como ya lo he señalado en diversas causas —conf. mi voto *in re*: “Santa María Sociedad Anónima Inversora y Financiera c/DGR (resol. 5089-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones DGR s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2439/03, sentencia del 3/3/2004— recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en forma reiterada que la mayor parte de las multas tributarias tienen naturaleza penal, es decir funcionan esencialmente como sanciones ejemplificadoras e intimidatorias enderezadas a lograr el acatamiento de los preceptos legales y, por tanto, son de aplicación a las infracciones que las motivan los principios generales informadores del derecho penal de base constitucional.

Ello sentado, quizás diversa hubiera sido la suerte del recurso, de haberse demostrado la naturaleza penal de la multa discutida en la especie, e invocado —sometiéndolo a la consideración de las instancias de mérito con mantenimiento ante este estrado—, el *principio que propicia la aplicación de la ley penal más benigna*, consagrado en nuestra legislación nacional en el art. 2° del C.P., complementado, en lo que aquí interesa, por el art. 4° de igual ordenamiento, que lo proyecta a los restantes ámbitos del derecho represivo.

Téngase en cuenta, a este respecto, distintos pronunciamientos del Tribunal cintero, entre ellos, *in re*: “Luis Dolub v. Impuestos Internos” —*Fallos*, 220:114—, sentencia del 6/6/1951 y “Eligio Rodríguez” —*Fallos*, 221:388—, sentencia del 29/11/1951, en los cuales se hizo aplicación del principio de la ley penal más benigna, en infracciones sobre Impuestos Internos.

Por lo demás, no corresponde perder de vista que el principio en consideración ha sido elevado a rango constitucional en virtud de lo prescripto por el art. 75, inc. 22 de nuestro Estatuto Fundamental, que reconoce tal jerarquía a los tratados internacionales sobre derechos humanos allí enumerados, entre los cuales se encuentra la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en cuyo art. 9° se halla explícitamente consagrado, como también ocurre en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 15, con lo cual la regla ha pasado a resultar imperativa para el legislador (que no puede excepcionarla), la Administración y/o los jueces.

4. De todos modos, además de haberse invocado el principio, el recurrente debería haber sorteado, con una fundamentación adecuada, las restriccio-

nes que para la condonación de sanciones se derivan del plexo específico aplicable en esta causa cuando en él se dispone que quedan al margen del apuntado beneficio *las que hubieran pasado en estado de cosa juzgada administrativa, entendiendo por tal a las firmes, es decir, aquellas respecto de las cuales se encuentre agotada la vía administrativa* a determinada fecha. Lo hasta aquí señalado, lo ha sido sin abandonar la postura que sostuve, y mantengo, sobre la inapropiada definición que se brinda sobre la mal llamada “cosa juzgada administrativa”, desconcepto que queda patetizado por importar una *contradictio in terminis* cuando el acto que impuso la sanción, carece de estabilidad por hallarse recurrido en sede judicial y, por tanto, no se encuentra firme —véase mi voto en el expte. n° 2612/03: “Rodó Hogar S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Rodó Hogar S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, sentencia del 7/4/2004.

No está de más reconocer que abundante jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación, como de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital, han sostenido con relación a tributos nacionales que el beneficio previsto en sucesivos decretos que permite a los infractores de normas impositivas regularizar sus obligaciones omitidas sin ser pasibles de sanciones, debe alcanzar a quienes, a la fecha de dictarse cualquiera de esas medidas, ya habían regularizado su situación, pues una interpretación contraria implicaría tanto como premiar con la condonación a quienes han incumplido totalmente sus obligaciones, en desmedro de aquellos que lo hicieron tardíamente.

Más allá de las salvedades consignadas *obiter dicta*, al estar ausente en el recurso un verdadero “caso constitucional”, acreditado con una fundamentación precisa y certera —v. gr., en lo relativo a la naturaleza penal de la multa que aquí se controvierte, invocación del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, demostración de inatención de la exclusión de los supuestos en que se hubiera agotado la instancia administrativa de impugnación de la multa a una fecha determinada, etc.—, como lo exige el art. 27 de la ley 402, y único apto para habilitar este estrado, la suerte adversa del mismo ha quedado sellada.

Así lo voto.

Por ello, y de conformidad a lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* a la queja agregada a fs. 61/7.

2°. *Dar por perdido* el depósito de fs. 70.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja y las actuaciones adjuntas a la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario.

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

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

LXXXIII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘PANZA, ÁNGEL R. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Caso constitucional.
Programa de emergencia habitacional. Acto jurisdiccional válido.
Principio de división de poderes. Límites del Poder Judicial.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Derecho a la vivienda. Derechos sociales. Derechos prestacionales**

Expte. n° 4270/05 - 23/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ángel Rafael Panza y Evelyn Saldaño (nombre legal Miguel Eduardo Saldaño) interpusieron acción de amparo (art. 43, CCBA y 14, C.N.) contra el GCBA a fin de que se los incorpore a los programas locales de emergencia habitacional de acuerdo a sus necesidades (fs. 18 y 22). La demanda fue rechazada por el señor juez de primera instancia.

2. La sentencia fue apelada por los amparistas. La Sala I de la Cámara revocó la decisión de primera instancia e hizo lugar al amparo “condenando a la demanda a que mientras persista la situación actual de los accionantes les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el dec. 895/02, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso” (fs. 45).

3. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad con base en los siguientes agravios: 1) la Sala I habría prescindido de las constancias obrantes en la causa e interpretado erróneamente las normas involucradas en la causa, 2) la sentencia sería arbitraria por haber sido dictada en exceso de jurisdicción, 3) inexistencia de derecho conculcado, 4) viola-

ción del principio republicado de división de poderes, 5) la imposición de costas, y 6) gravedad institucional (fs. 49/57).

4. La Cámara rechazó el recurso incoado por considerar insatisfecho el requisito de existencia de caso constitucional prescripto por el art. 27 de la ley 402. Contra dicha resolución la demandada interpuso recurso de queja (fs. 63/70).

5. A fs. 78/81 el fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso de queja interpuesto por el Gobierno, por entender que la quejosa “no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo (fs. 78/80 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por el GCBA (fs. 63/80) fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, L.P.T.), él no puede prosperar.

2. El escrito de la recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin rebatir las razones por las cuales los señores camaristas le denegaron dicho recurso.

3. El recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113, CCBA y en el art. 34 de la ley 402— no es sólo una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino, antes bien, una impugnación primera, autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal ha establecido en numerosos precedentes, que es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

En el caso de autos, como ya fue señalado, no se cumple esa condición y por lo tanto el recurso de queja debe ser rechazado.

4. Por otra parte, tal como los señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen, la queja contiene el mismo defecto que presenta el recurso de inconstitucionalidad: no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con motivos de impugnación de carácter constitucional.

El Gobierno en su recurso de inconstitucionalidad sostiene que se lesionó “la garantía del debido proceso legal adjetivo y el derecho de defensa de la

Ciudad de Buenos Aires, cercenando también el principio constitucional de división de los poderes (arts. 1º, 18, 19, 28, 33, 43, 75 inc. 22, y concs., C.N., y arts. 1º, 10, 11, 13 inc. 3º, 80, y conos., CCBA). Asimismo, al asumir funciones de carácter administrativo, el Tribunal incurrió en un exceso de jurisdicción lesivo del principio republicano de división de poderes consagrado en el art. 1º, CCBA. Específicamente se encuentra en tela de juicio el alcance e interpretación que debe darse a las disposiciones contenidas en los arts. 31, inc. 3º, 80, inc. 1º e inc. 2º punto b, y el 104, inc. 2º y concs., CCBA” (fs. 47 y vta.).

A pesar de la profusa cita de disposiciones constitucionales, la recurrente no logra demostrar de qué manera las mismas estarían siendo vulneradas en el caso sujeto a análisis. Por ejemplo al tratar el agravio referido al derecho a la vivienda (art. 31, CCBA) simplemente señala que “el contenido y alcance que pretende el Superior conferirle al art. 31, CCBA no es el que surge de la norma. Hay dogmatismo en la sentencia dictada. La alzada interpretó el contenido del derecho reconocido en el art. 31 en base a su sola voluntad. El fallo, íntegramente, ostenta fundamentos aparentes, voluntaristas” (fs. 51 vta.). Así paradójicamente los agravios expresados en el recurso de inconstitucionalidad se basan en afirmaciones generales que presentan todas las falencias que le atribuye a la sentencia de la Cámara atacada. Por ende, entiendo que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

5. Respecto de la alegada arbitrariedad, la apelante tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional.

En estas condiciones la calificación de sentencia arbitraria no alcanza para sustituir la ausencia de una argumentación adecuada que sostenga el recurso interpuesto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. La sentencia apelada condena al GCBA a “(...) que mientras subsista la situación actual de los accionantes les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el dec. 895/02, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”.

En el camino para arribar a esa decisión, descarta, por insuficientes a la luz de las normas aplicables —a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 31, CCBA—, la oferta de ser incluidos en el Proyecto de Viviendas de González Catán —conf. el recurso de inconstitucionalidad (fs. 50 vta.) y la sentencia del *a quo* (fs. 43)—, la posible inclusión en los planes de microemprendimientos (fs. 34/34 vta.), el subsidio del dec. 895/02 —con su posible ampliación contemplada en el art. 10—, y el alojamiento para Panza, aunque no para Saldaño con quien aquél se encuentra unido por un vínculo amoroso.

Contra dicho pronunciamiento levantó la demandada las siguientes objeciones: 1) que la Cámara se aparta de precedentes de este Superior Tribunal que han declarado abstractos casos que considera sustancialmente análogos; 2) la sentencia desconoce que el derecho en que se sustenta la pretensión no es exigible judicialmente (operativo); 3) soslaya la invocación de inexistencia de una obligación incumplida debido a que habría dado cobertura suficiente mediante la normativa vigente y los ofrecimientos realizados a los actores; 4) relacionado con el agravio anterior, entiende que la Cámara se aparta de las constancias de la causa y resuelve en base a meras declaraciones de los actores, no probadas (fs. 43 vta. punto IV); 4) la sentencia desconoce la letra del dec. 895/02; 5) afecta la división de poderes, toda vez que el órgano judicial asume una función típicamente administrativa o legislativa según el modo de cumplimiento del fallo que se contemple; y, por cierto, más de uno es posible; y 6) en relación con el último agravio, cita la doctrina de la gravedad institucional basada en fallos de la CSJN.

2. Corresponde examinar, en primer término, de qué especie es la función cuyo ejercicio encomienda, al GCBA, la sentencia recurrida. No consiste, por cierto, en un acto material, tal como lo sería la entrega de una cosa o la de una suma de dinero. Antes bien, libra a la demandada la elección de un medio apropiado para satisfacer la necesidad que asume en la actora. Ello supone una decisión respecto del tipo de prestación adecuada y, particularmente, una de índole presupuestaria. Presumiblemente, también una acerca de cómo resguardar la igualdad en la distribución del beneficio, pues, aunque no surge ello del fallo, es deber que pesa sobre los órganos políticos el de respetarla. Estas decisiones podrían, ciertamente, derivar del ejercicio de la función legislativa, y también, quizás, de la administrativa del art. 104, inc. 17, CCBA que respaldaba la emisión del dec. 895/02.

Ninguna de dichas posibles medidas viene impuesta por la sentencia, pero sí alguna de ellas a opción del gobierno condenado. Asimismo, ninguna de dichas medidas supone el ejercicio de facultades regladas sino preferiblemente de aquellas susceptibles de una considerable discrecionalidad, al menos en la manera en que viene estructurada la condena.

Una segunda característica de la sentencia, relevante a los fines de examinar los agravios de la recurrente, es la relativa a la indeterminación del modo de cumplimiento. No se trata de haber librado a la administración algún aspecto, tal como la oportunidad, temperamento quizás justificado en algunos supuestos, sino de haber abierto entre las partes un campo de posible debate acerca de cuáles alternativas cumplen con la condena sin que surjan del pronunciamiento elementos suficientes para guiar al juez en la solución de esas posibles controversias, esto es, asumiendo, para sí y para el inferior, un margen de discreción incompatible con una decisión que debió ser la definitiva.

3. Ello sentado, la sentencia impugnada no reúne los elementos propios de una decisión judicial válida.

Por una parte, carece de la precisión necesaria acerca de cuál sería la conducta mediante la cual podría cumplirla la parte condenada. A este requisito, dedica buena parte de sus reflexiones la mayoría en las causas “Selzer, Ernesto O. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ramallo, Beatriz c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, y su acumulado expte. n° 3958/05, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ramallo, Beatriz c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3961/05, y “Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3097/04, sentencia del 16/12/2004. En “Pons” sostuve, también en el marco de un amparo iniciado por conflictos en torno al derecho a la vivienda, que las sentencias deben “cumplir las exigencias previstas en el art. 12 —incs. b) y c)— de la ley 16.986, según el cual el pronunciamiento que admita la acción de amparo deberá contener ‘(...) [l]a determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución (...) e indicar (...) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto’. No se trata de negar la viabilidad de los procesos dirigidos a hacer cesar la inactividad material de las autoridades, sino de rechazar la validez de sentencias que se limitan a declarar en general la vinculación del Estado a la ley, sin resolver realmente la controversia mediante la indicación clara de las conductas debidas. (...) Las consecuencias de esta particular especie (...) de [las] sentencias [que incumplen este requisito], no son menores. En primer término, desde un punto de vista conceptual, ellas no se condicen con los términos del art. 106, CCBA. Pero además, en la práctica están destinadas a generar un importante menoscabo en las reglas que gobiernan los procesos, especialmente en relación con el derecho de defensa. Ello así, por cuanto se difiere a la etapa de ejecución de sentencia la determinación del contenido efectivo del mandato que no viene explicitado por el pronunciamiento de cuya ejecución se trata, en un marco que no admite un debate pleno e incluso podría generar la imposición de sanciones conminatorias por un aparente incumplimiento que el condenado no estuvo en condiciones reales de evitar porque nunca se especificó en qué consistía el deber o conducta incumplido”. En el mismo sentido, sostuve en “Selzer” que “(...) tampoco deben admitirse demandas con pretensiones vagas que vulneren el derecho de defensa de los demandados e impidan el ejercicio de la función jurisdiccional respetando el principio de unidad de la sentencia [Nota: Con cita de PAYÁ, Fernando H.: “La unidad de la sentencia”, *ED*, 142-231 (1991) y Rocco, Alfredo, *La Sentencia Civil*, traducción de Ovejero, Mariano, Stylo, México, pp. 168/172”]; principio consagrado en el art. 145, inc. 7°, CCAyT que obliga a los jueces a resolver las pretensiones a cuyo respecto ha quedado trabada la litis en una única ocasión. Correlativamente con lo previsto en dicho art. 145, el CCAyT prevé cuando una decisión es susceptible de ser adoptada con carácter especial y previo, esto es, separada-

mente o, si se lo prefiere, desdoblado la sentencia. Las restantes decisiones que adopte el juez en el proceso para poner fin a incidentes o incidencias con forma de interlocutoria, o bien, como providencia de mero trámite, resuelven cuestiones del proceso, no del derecho en juego en ese proceso”. Ello basta por sí para determinar la revocación de la decisión apelada.

Tampoco satisfacen los fundamentos suministrados por el *a quo* el mínimo exigible para imponer al GCBA una obligación de ejercer una función propia de un órgano político. Vale recordar en este orden de ideas que la CCBA consagra un sistema de división de poderes similar, aunque no idéntico, al de la Constitución Nacional. No compete en él a los jueces sino la resolución de causas, esto es, controversias relativas a la existencia y alcance de derechos subjetivos, entre partes adversarias, mediante decisiones que operen sobre esos derechos. De ahí que, cuando la controversia tiene al gobierno como uno de sus protagonistas, puede el juez anular uno sus actos y ordenar la reparación patrimonial del daño ocasionado. Ello viene impuesto, centralmente, por los arts. 17, 18, 19 y 116, C.N., y sus correlativos tanto de ella como de la CCBA (v. gr. arts. 12.5, 13.3 y 106). Así se asegura el derecho a no ser “obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, la propiedad y la defensa en juicio, sin que el juez se vea necesitado a inmiscuirse en el ejercicio de una función administrativa, y menos aún legislativa. Expandido el ámbito de actuación de los jueces a derechos de incidencia colectiva —art. 43, C.N.— y aun intereses —art. 1º, CCAyT— no varía por esta sola circunstancia el universo de soluciones que puede disponer este magistrado. Tanto la causa de la acción como la clase de condena a que puede dar lugar quedan, como principio, a discreción del legislador, que debe observar las reglas constitucionales, y los tratados en las condiciones de su vigencia.

Las providencias judiciales pueden, en ocasiones, ordenar a la administración ejercer alguna función a su cargo. No existen muchos ejemplos, y algunos son dudosos pues consisten en medidas que pueden ser diseñadas tanto como administrativas como judiciales, según a qué órgano dé el legislador la última palabra y el grado de estabilidad —cosa juzgada administrativa o judicial que acuerde al producto final—. Un ejemplo de ello es el otorgamiento de una jubilación. Los jueces ora ordenan a la administración el otorgamiento del beneficio, de ordinario concedido por ella, ora lo disponen por sí. No importa, en verdad, el lenguaje con que operen de ordinario los magistrados judiciales, pues, aun cuando dispongan por sí acordar un beneficio, la estabilidad de ese beneficio en los aspectos que no hayan estado comprendidos en el debate judicial no será mayor que la de los acordados directamente en sede administrativa. Es decir, la estabilidad es distinta a la de la cosa juzgada judicial típica. Por ejemplo, el monto del beneficio puede ir variando del mismo modo que puede variar el de quienes lo logran en sede administrativa.

En todos estos casos, debe existir una norma que acuerde esa potestad al juez. Ello así, porque su poder no se deriva de los artículos citados más arriba

ni, menos aún, de la naturaleza de la función judicial. Sin embargo, no cualquier mandato de desarrollar funciones administrativas puede ser escogido por el legislador para ponerlo a cargo de un juez. Las funciones administrativas cuyo cumplimiento puede ser ordenado por un juez deben satisfacer, además del requisito de ser instituidas por el legislador, recaer sobre facultades regladas, puesto que si recayeran sobre facultades discrecionales, el legislador habría venido a desplazar una función administrativa, del área del Poder Ejecutivo, a la de los jueces, opción que le está vedada, ya que importaría una modificación de la propia Constitución. Lo dicho vale, asimismo, para el hipotético, aunque menos probable, otorgamiento de semejante atribución mediante un tratado internacional. Ello así, porque los tratados no pueden modificar la Constitución Nacional y, como resulta de ello, tampoco las de los estados locales en los aspectos que no quedan autorizados por el dispositivo del art. 31, C.N.

Esta limitación a la posibilidad del Poder Judicial de obligar al Poder Ejecutivo tiene correlato en la jurisprudencia estadounidense. En este sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos en “*Work v. U. Ex Rel. Rives*” (267 US 175, 1925) sostuvo que “[l]as órdenes judiciales dirigidas a la administración, consistentes en una obligación de hacer —*mandamus*—, compelen la ejecución de deberes (atribuciones) [Nota: Entiendo que la palabra *duty* queda mejor traducida entendiéndola alternativamente como deber-atribución, razón por la cual lo dejo indicado entre paréntesis] fuertemente reglados. No pueden ser utilizadas para compeler o controlar un deber para cuyo cumplimiento tiene acordado, por la ley, un margen de discreción. La atribución puede ser discrecional dentro de límites. La administración no puede transgredir esos límites, y si lo hace, puede ser controlada por órdenes de hacer o no hacer para que se mantenga dentro de ellos. El poder de los tribunales para intervenir, si tienen alguno, consecuentemente depende de qué grado de discreción legal tiene la administración. Bajo algunos regímenes legales, la discreción alcanza la reglamentación de dicho régimen por parte del agente de la administración que lo ejecuta. Ningún tribunal en tal caso puede, mediante la emisión de órdenes de hacer, controlar la interpretación realizada por la administración, aún si la cree equivocada” [Nota: “*Mandamus issues to compel an officer to perform a purely ministerial duty. It cannot be used to compel or control a duty in the discharge of which by law he is given discretion. The duty may be discretionary within limits. He cannot transgress those limits, and if he does so, he may be controlled by injunction or mandamus to keep within them. The power of the court to intervene, if at all, thus depends upon what statutory discretion he has. Under some statutes, the discretion extends to a final construction by the officer of the statute he is executing. No court in such a case can control by mandamus his interpretation, even if it may think it erroneous*”].

4. El planteo del GCBA relativo a la no automática operatividad de las cláusulas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no queda contestado con la cita de la Observación general 3, punto 10) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El análisis de la observación mencionada, que abordaré a continuación, se formula exclusivamente para sustentar la afirmación enunciada y no supone adoptar interpretación alguna a su respecto. La postura de la observación en cuestión fue recogida de la presentación formulada ante el Comité por la representante de la República Argentina en estos términos que aparecen en la *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004)*: “241. Contestando a otras preguntas, explicó que el Pacto, una vez ratificado, había pasado a formar parte del derecho interno y podía ser invocado directamente ante los tribunales. *Sin embargo, había que establecer una distinción entre las cláusulas operacionales, por ejemplo las relativas al derecho a la educación, que eran fácilmente ejecutables, y las no operacionales, como las relativas al derecho a una vivienda decente, que planteaban dificultades prácticas.* Manifestó además que no se había sometido ningún caso de discriminación racial a los tribunales y que, como ahora se efectuaban controles cada vez más rigurosos en las fronteras del país y se disponía de datos genéticos que probaban la identidad de los padres de un niño se esperaba poner fin al tráfico de niños” (el destacado me pertenece).

Esa postulación no mereció reparos específicos en la referida publicación del Comité. No obstante que son mencionados otros derechos ajenos al que nos ocupa, transcribo el párrafo completo para dar mayor perspectiva a la lectura.

En la Observación general 4, titulada “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del Pacto)” y correspondiente al Sexto período de sesiones (1991) se consigna que “7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, ‘la dignidad inherente a la persona humana’, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término ‘vivienda’ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Co-

misión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párr. 5º: ‘el concepto de ‘vivienda adecuada’... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable’”.

“8. Los Estados partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales”.

“(...) e) *Asequibilidad*. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos”.

“(...) 10. Independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que deben tomarse inmediatamente. Como lo ha reconocido la Estrategia Mundial de Vivienda y otros análisis internacionales, muchas de las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo la abstención del gobierno de ciertas prácticas y un compromiso para facilitar la autoayuda de los grupos afectados. En la medida en que tales medidas se considera que van más allá del máximo de recursos disponibles para el Estado parte, es adecuado que lo antes posible se haga una solicitud de cooperación internacional de conformidad con el párr. 1º del art. 11 y los arts. 22 y 23 del Pacto, y que se informe al Comité de ello”.

“(...) 14. Las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado parte con respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren apropiadas. Si bien en algunos Estados la financiación pública de la vivienda puede ser utilizada más útilmente en la construcción directa de nuevas viviendas, en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente el déficit de la vivienda con la vivienda

construida públicamente. La promoción por los Estados partes de ‘estrategias capaces’, combinada con un compromiso pleno a las obligaciones relativas al derecho a una vivienda adecuada, debe así alentarse. En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.

“15. Muchas de las medidas que se requerirán implicarán asignaciones de recursos e iniciativas de política de especie general. Sin embargo, el papel de las medidas legislativas y administrativas oficiales no se debe subestimar en este contexto. La Estrategia Mundial de Vivienda, en sus párrs. 66 y 67, ha destacado el tipo de medidas que pueden tomarse a este respecto y su importancia.

“(…) 17. El Comité considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada son por lo menos conformes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a: *a)* apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; *b)* procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; *c)* reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; *d)* denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y *e)* reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.

“(…) 19. Finalmente, el párr. 1º del art. 11 concluye con la obligación de los Estados Partes a reconocer ‘la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento’. Tradicionalmente, menos del 5 % de toda la asistencia internacional se ha dirigido hacia la vivienda o los asentamientos humanos y con frecuencia la manera en que se dispone esa financiación se dirige poco a las necesidades de vivienda de los grupos en situación desventajosa. Los Estados Partes, tanto receptores como suministradores, deberían asegurar que una proporción sustancial de la financiación se consagre a crear condiciones que conduzcan a un número mayor de personas que adquieren vivienda adecuada. Las instituciones financieras internacionales que promueven medidas de ajuste estructural deberían asegurar que tales medidas no comprometen el disfrute del derecho a la vivienda adecuada. Cuando consideran la cooperación financiera internacional, los Estados partes deberían tratar de indicar las esferas relativas al derecho a la vivienda adecuada en las que la financiación externa tendría el mayor efecto. Tales

solicitudes deberían tener plenamente en cuenta las necesidades y opiniones de los grupos afectados”.

Todas estas menciones suponen medidas internas, algunas con impacto presupuestario.

A su turno, la Observación general 7 (1997), titulada “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos”, formulada en el 16º período de sesiones (1997), muestra particular preocupación por aquellos que pierden su vivienda. Define así el “desalojo forzoso”: “[t]al como se emplea en la presente Observación general, el término ‘desalojos forzosos’ se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, *sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole* ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos”.

La cita a la que acude la Cámara corresponde a un comentario al art. 2º del Tratado que establece “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

“2. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

“3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

Nuevamente, aparece aquí la remisión a la aplicación presupuestaria de cada Estado comprometido por ese acuerdo internacional, lo cual abona la postura del GCBA. Dicho art. 2º sucede inmediatamente al art. 1º que establece que “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

“2. Para el logro de sus fines, *todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional*. En ningún

caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia” (el destacado me pertenece).

Es decir, el compromiso de asignar recursos contenido en el art. 2º debe ser leído como una limitación al principio general contenido en el art. 1º.

En la misma publicación del Comité se puede leer lo siguiente: “20. Le preocupa la falta de vivienda en la Argentina y las iniciativas públicas a este respecto, han sido inadecuadas”.

“E. Sugerencias y recomendaciones

27. El Comité sugiere que el Estado parte tome medidas institucionales, en la administración pública, para garantizar que se tengan en cuenta las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, desde un principio, al formular políticas nacionales sobre cuestiones como la vivienda, la salud y la educación”.

“28. El Comité también recomienda que el Estado parte, en sus negociaciones con las instituciones monetarias internacionales, tenga en cuenta sus obligaciones en virtud del Pacto de respetar, proteger y poner en ejecución todos los derechos consagrados en el Pacto”.

“29. El Comité recomienda que el Estado parte ratifique el Convenio 169 de la OIT de acuerdo con la aprobación del Congreso Nacional de 1989 y que encuentre una solución que haga justicia a los derechos de las comunidades mapuches en la región de Pulmari”.

“30. También se insta al Gobierno a adoptar medidas más eficaces para disminuir el paro. Además, debe asegurar que se respeten los derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores con contrato eventual”.

“31. El Comité recomienda que el Estado parte pase revista a su legislación en lo que respecta a las disposiciones de los convenios colectivos que tienen consecuencias negativas, como la prolongación del período de prueba estipulado en los contratos de trabajo o la limitación de la duración de éstos, y se cerciore de que se ajusta a lo dispuesto en los arts. 6º y 7º del Pacto”.

“(…) 35. El Comité recomienda que el Estado parte prosiga e incremente sus iniciativas para superar la escasez de vivienda y que le facilite en su próximo informe periódico datos estadísticos completos sobre la situación de la vivienda en el país”.

“36. El Comité también recomienda que el Estado parte prosiga su política de entregar títulos a quien esté en posesión de una vivienda. El Comité también recomienda que con carácter prioritario se revisen los procedimientos en vigor para el desalojo de ocupantes ilícitos. El Comité vuelve a poner en conocimiento del Gobierno el texto íntegro de sus Observaciones generales 4 (1991) y 7 (1997) (...)”.

Luego, con relación al informe 1994: “8. El Comité toma nota del plan del Gobierno para facilitar la adquisición de vivienda a los ocupantes ilegales de bienes de propiedad oficial, dándoles la posibilidad de comprar los terrenos que ocupan con tasas de crédito preferenciales. Aunque se requieren más

datos para determinar cuántas personas y familias han encontrado una solución permanente a través del ‘plan arraigo’, el Comité apoya el concepto en que éste se basa”.

“9. En este contexto, el Comité registra los esfuerzos del Gobierno para elevar el porcentaje del presupuesto destinado al bienestar público, particularmente en el área de las pensiones de los trabajadores. El Comité también registra la intención expresada por el Gobierno de iniciar periódicamente programas de formación de desempleados y subempleados”.

“C. *Los factores y dificultades que impiden la aplicación del Pacto*

(...) 10. El Comité reconoce las dificultades encontradas por la Argentina desde que se restableció la democracia en 1983. Los intentos de hacer frente a la creciente demanda de servicios públicos han sido paralizados por un considerable déficit fiscal, por la deuda externa y por la hiperinflación heredada de los años predemocráticos”.

“11. El ajuste a un orden económico, más racional ha sido difícil para la sociedad argentina en conjunto y para sus trabajadores en particular. El Gobierno ha logrado estabilizar el valor de la moneda, pero la ejecución del programa de ajuste estructural puede perjudicar a ciertos grupos sociales. Con esta política, no está claro si el Gobierno ha adoptado medidas para resolver el problema de la vivienda y de las pensiones”.

“(...) 15. El Comité se congratula de las iniciativas del Gobierno para acabar con el déficit de viviendas de la Argentina. Sin embargo, no existe indicación alguna de que su política, ya sea la actualmente aplicada o la planeada, sea suficiente”.

“16. El Comité registra específicamente con preocupación la disposición jurídica que permite aumentos de cerca del 12 % de los alquileres, aproximadamente el doble de la tasa de inflación registrada el año anterior, mientras que los salarios se encuentran aparentemente congelados”.

“17. Al Comité le preocupa hondamente el número considerable de ocupaciones ilegales de edificios, sobre todo en Buenos Aires, y las condiciones en que se llevan a cabo las correspondientes expulsiones. El Comité señala a la atención del Gobierno el texto entero de su Observación general 4 sobre “El derecho a una vivienda digna (art. 11, 1) del Pacto)” y le insta a que la política, las leyes y la práctica tomen debidamente en cuenta esa Observación general.

Más adelante, la publicación consigna que “235. El Comité examinó el informe inicial de la Argentina sobre los derechos reconocidos en los arts. 13 a 15 del Pacto (E/1988/5/Add.4) en sus sesiones 18ª a 20ª, celebradas los días 26 y 29 de enero de 1990 (E/C.N.4/1990/SR. 18 a 20”).

“A. *Cuestiones generales*

237. Con respecto al marco general de aplicación del Pacto, los miembros del Comité preguntaron *de qué manera se había incorporado el Pacto en el derecho interno; qué programas se habían establecido para fomentar, gra-*

cias a la AOD o a la cooperación internacional multilateral, los derechos reconocidos en el Pacto; qué repercusiones tenían la deuda exterior y la crisis económica sobre el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto; qué efectos tenía el Pacto en la práctica; de qué manera se manifestaba la solidaridad internacional desde el restablecimiento de la democracia en la Argentina; qué parte representaba la ayuda recibida por el cauce de esta cooperación en el desarrollo del país y el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto; y cuáles eran las funciones de las Subsecretarías de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y del Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo se preguntó de qué recursos disponían los particulares para hacer valer sus derechos económicos, sociales y culturales; si se habían sometido a los tribunales casos de discriminación racial o religiosa; cómo estaba repartida la riqueza nacional; qué medidas se adoptaban para evitar que 12 millones de argentinos no vivieran por debajo del umbral de pobreza; y qué porcentaje del PNB se dedicaba a la educación y la cultura. Por último, se pidieron informaciones acerca del problema que planteaban la venta y el tráfico de niños”.

Por otra parte, incluso la misma cita de la Cámara inmediatamente precedida por frases que, al menos, requieren ser consideradas. Así la Observación general 3 en su punto 10 dice: “(...) *se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata*. El párr. 1º del art. 2º obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (el destacado me pertenece).

En síntesis, la cita en la que busca apoyo la Cámara está separada del contexto que le brindan otras observaciones del Comité, más específicas respecto del derecho que nos ocupa. Además, aun cuando por hipótesis, pudiera suponerse que ellas resultan determinantes para definir el alcance del derecho en juego —esto es si se soslaya la falta de aptitud de un tratado para modificar la distribución de poder prevista en la Constitución, incapacidad a la que aludí en el punto 3, apartado cuarto— de todos modos, todavía habría que considerar cómo impacta sobre el derecho analizado la circunstancia de que el Comité no haya refutado la postura sustentada por la Argentina, en relación con la no operatividad de las cláusulas del Pacto vinculadas con el acceso a la vivienda (conf. *Compilación de Observaciones finales* (...), 241 citada y transcrita en el punto 4, párr. 1º de estos fundamentos). Así las cosas, la operatividad que pudiera asignarse al art. 31 exigiría de la Cámara un fundamento concreto que se haga cargo de las cuestiones postuladas en este apartado.

5. El pronunciamiento impugnado tampoco logra superar la crítica del GCBA en cuanto a la omisión de analizar la inexistencia de incumplimiento por parte de la demandada, que el recurrente imputa al *a quo*. Surge del relato de los hechos que la Cámara tuvo por probados que los actores gozaron de las prestaciones previstas por el dec. 895/02, que no obtuvieron la prolongación del subsidio por no presentar la propuesta de solución requerida por el art. 10 del mencionado decreto, así como que ellos reconocieron haber recibido ofertas del GCBA para acceder a planes de vivienda o alojamientos en dependencias de la demandada destinadas a ese fin (fs. 43) y que esos ofrecimientos, en algún caso, no habrían contemplado el alojamiento conjunto de los actores, dado que Saldaño habría sido excluido, aparentemente, debido a su orientación sexual. A su vez, el objeto del amparo, rechazado en primera instancia, era obtener en sede judicial una orden para que el GCBA los incorporara a los programas de emergencia habitacional pues la negativa a incluirlos, según los actores, “conculcaba su derecho a la vivienda, a la salud y a la dignidad” (fs. 1 y 22). En tal contexto, el *a quo* debió analizar si las ofertas formuladas por la demandada eran aptas para satisfacer el derecho reclamado por los actores, acorde al alcance que correspondiera otorgarle en relación con la situación de cada uno de los amparistas. Ante la objeción de la demandada, fundada en haber cumplido las obligaciones a su cargo mediante el ofrecimiento de diversas modalidades destinadas a satisfacer el derecho reclamado, la Cámara no podía dejar de analizarlas y, en su caso, explicar las razones por las que consideraba a la demandada incurso en incumplimiento de obligaciones exigibles. Para establecer el incumplimiento, en relación con cada uno de los actores, reitero, la Sala no podía dejar de valorar las ofertas de solución propuestas por la demandada pues de ello dependía la posibilidad de imputar al GCBA la existencia de un deber incumplido. Lo ante dicho no obsta a que el accionar del Gobierno pueda ser descalificado, en cuanto a Saldaño, con base en el art. 11, CCBA que prohíbe expresamente la discriminación por razones de género y orientación sexual.

En realidad, la omisión analizada en este punto aparece como consecuencia inmediata del modo en que la Cámara ejerció la revisión de la sentencia impugnada. Mientras que la controversia de autos y la jurisdicción que devolvió al *a quo* el recurso interpuesto por la actora imponían expedirse sobre los hechos en que el GCBA fundó la inexistencia de incumplimiento de deberes a su cargo, en relación con el derecho reclamado por los actores, el *a quo*, mediante la formulación de un análisis abstracto soslayó tal exigencia y sólo tomó en cuenta que los amparistas “continuaban en situación de emergencia habitacional” (fs. 44) sumado a que en precedentes, cuya identidad con la situación de autos no estableció, la Sala se había pronunciado en contra de la discontinuidad de planes de vivienda, en tanto los objetivos de los programas no estuvieran cumplidos, pues lo contrario afectaría el principio de

progresividad o de no retroceso social (fs. 44). Todo lo cual vendría a quedar avalado, según la Sala, por la interpretación que asignó a la observación del Comité que citó y al alcance otorgado al art. 31, CCBA (fs. 44 vta.). Sin embargo, el conjunto de sus argumentos prescindieron de los hechos y el derecho en que las partes sustentaron la controversia.

Poco importa, en esta instancia, si la formulación teórica propuesta por la Cámara es correcta o incorrecta, pues las opiniones vertidas por los jueces sólo pueden ser calificadas como juicios o sentencias válidos cuando resuelven las causas sometidas a su decisión, única misión a cuyo resultado la Constitución otorga capacidad y legitimidad para solucionar conflictos entre derechos contrapuestos, con fuerza de verdad legal (conf. punto 3, párr. 3º, de estos fundamentos).

En definitiva, la Cámara eludió analizar el agravio aquí considerado mediante un fundamento aparente que impide reconocer como válido al fallo recurrido.

6. Las razones expuestas conducen a descalificar la sentencia apuntada como decisión jurisdiccional válida pues los defectos que ostenta el dispositivo del fallo (analizados en el punto 3) aparecen íntimamente ligados al déficit de fundamento que ostenta el fallo por haber separado de contexto las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las que buscó apoyo (punto 4) y al insuficiente análisis de las constancias de la causa para establecer el efectivo incumplimiento de obligaciones exigibles a la demandada (punto 5). Así las cosas, y hasta tanto los errores apuntados no sean subsanados por el *a quo*, cualquier interpretación o solución que este Tribunal pudiera emitir resultaría prematura y ajena al ámbito de su competencia extraordinaria cuyo ejercicio exige la resolución previa de los jueces de mérito sobre los puntos sujetos a revisión, ausente, por los motivos dados, en la decisión atacada. En otras palabras, sólo luego de que se emita una sentencia acorde a las exigencias aquí enunciadas que incluya una decisión fundada sobre las cuestiones de derecho así como las de hecho y prueba podrá este Tribunal quedar en condiciones de expedirse sobre la interpretación y aplicación de las reglas constitucionales en juego.

7. Por todo ello, emitido el dictamen fiscal, voto por revocar el auto denegatorio, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada en todas sus partes y ordenar que la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dicte un nuevo pronunciamiento que subsane los defectos del anulado. Ello supone dar concreción a la parte dispositiva, y decidir fundadamente acerca de la situación personal de los actores, encuadrándola en las normas que resulten aplicables, despejando previamente la cuestión relativa a su operatividad y al cumplimiento que invoca la demandada. El modo en que se resuelve justifica imponer las costas, si las hubiera, por su orden (art. 14, CCBA).

El juez José O. CASÁS dijo:

1. Mediante una acción de amparo dos personas demandan al Gobierno de la Ciudad “al no reconocerse (su) derecho a una vivienda digna, toda vez que (les) es negada la inclusión en los programas de emergencia habitacional” (fs. 1). Explican los amparistas que el Gobierno oportunamente les otorgó un subsidio de \$ 1.800 —que se entrega por única vez (conf. art. 6º, dec. 895/02)— y que con ese importe podían pagar una habitación de hotel y convivir juntos. Sin contar con trabajo y agotada la ayuda estatal pasaron a vivir en la calle. Ante reclamos posteriores para que se les extendiera un nuevo subsidio, la Administración, primero, guardó silencio y, con posterioridad, les informó que no podían ser ubicados juntos en los alojamientos dependientes del Gobierno destinados a hombres, debido, aparentemente, a la opción sexual adoptada por uno de ellos, Miguel Eduardo Saldaño, alias *Evelyn Saldaño*. En este estado de situación se decidió accionar judicialmente. En suma, los amparistas reconocen haber gozado de un beneficio estatal de asistencia habitacional pero ahora, una vez agotadas las prestaciones, solicitan la inconstitucionalidad de ese decreto que instituyó el subsidio con fundamento en la transitoriedad de la solución ofrecida. Al mismo tiempo, requieren su inclusión en algún plan que pueda satisfacer sus necesidades de vivienda.

2. El GCBA, al contestar el informe del art. 8º de la ley 16.986, además de reiterar que el dec. 895/02 establecía un subsidio único de \$ 1.800 y que los amparistas ya lo han recibido, destacó que, según lo informado por el área de Coordinación General del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social (conf. copia de fs. 62/62 vta., autos principales), los actores mantuvieron entrevistas con una trabajadora social y fueron orientados respecto de diversos proyectos a fin de solucionar su problemática laboral y habitacional. Se aclara en el informe citado que, por ejemplo, uno de los programas vigentes es el Plan de Emergencia Habitacional mediante el cual el GCBA entrega materiales de construcción, brinda asesoramiento técnico y ayuda con el traslado de materiales (fs. 63, autos principales). Sin embargo, afirma la Procuración General de la Ciudad que ni el actor ni su grupo familiar respondieron a las ofertas realizadas (fs. 65/65 vta., autos principales). Esto es relevante, toda vez que el art. 10 del mencionado dec. 895/02 contempla la posibilidad de extender el subsidio si los interesados manifiestan alguna propuesta “factible” orientada a solucionar su situación habitacional. Respecto de esta última afirmación del Gobierno, explicaron los amparistas que no tienen por el momento ninguna posibilidad de encontrar una salida estable y que los planes supuestamente ofrecidos no solucionan en lo inmediato su situación de calle (fs. 73/74, autos principales y 87 vta., autos principales).

3. En mi opinión, el desafío que para los jueces plantea el tema de la *exigibilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales —consagrados

a nivel local en el Título Segundo (Políticas Especiales) del Libro Primero de la CCBA— es, tal vez, una de las cuestiones más relevantes y delicadas de nuestro tiempo. En la Ciudad, además, según el art. 10, CCBA, “(l)os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

A esta altura parece oportuno recordar algunas palabras del catedrático de la Universidad Complutense Tomás-Ramón Fernández al momento de reflexionar —a partir de la situación española— y destacar que, hoy en día, “(l)os derechos fundamentales que las Constituciones reconocen y proclaman han pasado a formar parte de la cultura colectiva, se han interiorizado por los ciudadanos, que los sienten y los viven como propios, no como meras declaraciones formales expresivas de un *desideratum* inalcanzable (...). Esto es, sin duda, lo que explica el crecimiento continuo de la litigiosidad, tanto en la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo, como en la jurisdicción contencioso-administrativa. Las estadísticas judiciales son abrumadoras en este sentido” (*Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 110 y 111).

Es que la afirmación vertida, hace ya más de un siglo y medio, por Juan Bautista Alberdi que “no puede haber Gobierno gratis” y que “según esto, el Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente” (*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, tercera parte, capítulo III, parág. I, confrontar en cualquiera de sus ediciones, a partir de la primigenia de Imprenta y Librería Del Mercurio de Santos Tornerio y Ca., Valparaíso, 1854), cobra aún mayor significación frente a los derechos humanos de contenido social, generalmente calificados en sus aspectos más visibles como “derechos prestacionales”, en los cuales se activa la función ingresos-gastos públicos, por lo cual los gerenciadore del bien común deben administrar, con especial prudencia, recursos escasos y de incremento inelástico.

En este caso concreto se plantea el tema de la exigibilidad, justamente, de uno de los llamados “derechos sociales” y, entonces, las preguntas más obvias que pueden formularse como punto de partida son: ¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del “derecho a la vivienda digna”? ¿Cómo debe promoverse la difusión y acceso a la propiedad privada como modo de redención de los desposeídos y sin techo? ¿Hasta dónde llega el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados para, en términos de solidaridad, satisfacer las afligentes urgencias de quienes viven en la marginación? ¿Cuál es el rol que le cabe desempeñar al Poder Judicial sobre el particular? ¿Quién define si un Estado ha realizado o no todo lo posible para proveer al menos un nivel esencial que permita el goce de este derecho en la medida de los recursos disponibles? ¿A partir de qué parámetros se arriba a esa definición?

La respuesta, claro está, no es sencilla. Entran en juego temas importantes, algunos antiguos (la división de poderes, el derecho a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley), otros, si se quiere, un poco mas novedosos (el control judicial de la inactividad material del Estado y, a continuación, la posibilidad de establecer su responsabilidad por omisión). El asunto no se agota allí, pero la enunciación se formula a simple título ilustrativo.

4. En el estado de tratamiento de la cuestión, no ofrecería duda cuál es la respuesta que debería brindarse si el derecho comprometido de manera directa e inmediata fuera, por ejemplo, el derecho a la salud —por su imbricación esencial con el derecho a la vida, soporte de todos los demás derechos—, como lo ha señalado terminantemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las causas: “Asociación Benghalensis y Otros v. M° de Salud y Acción Social —Estado Nacional” (*Fallos*, 323: 1339), sentencia del 1º/6/2000, “Ana Carina Campodónico de Bevilacqua v. Ministerio de Salud y Acción Social —Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (*Fallos*, 323:3229), sentencia del 24/10/2000, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud de la Nación” (*Fallos*, 326:4931), sentencia del 18/12/2003 y “Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJP s/amparo”, Registro del Alto Tribunal 638. XL, sentencia del 16/5/2006. Más aun cuando la relación entre lo que se demanda y los recursos e intereses públicos comprometidos para su atención conduce necesariamente a no postergar la provisión de los medicamentos contra el HIV o los graves trastornos neoplásicos, de esclerosis múltiple o diabéticos, más allá de las matizaciones que pueden advertirse en cada uno de los pronunciamientos referidos. El reclamo de los actores, en estos casos, además, no parece traducirse en un cuestionamiento a las *distintas modalidades posibles para brindar una determinada prestación*, sino que fue solicitado por la angustiosa necesidad y concedido en los términos específicos que determinaban los consensos científicos alcanzados en la investigación médica.

Lo expuesto precedentemente, asimismo, se señala teniendo en cuenta una graduación axiológica de los derechos constitucionales acreedores de tutela judicial y la intensidad con que deben ser satisfechos en cada caso concreto, sin que ello importe desconocer la ostensible vinculación entre el derecho a la vivienda digna y el derecho a la salud integral, tal como se lo concibe en el art. 20, CCBA.

5. El Capítulo Quinto del Título Segundo de la Constitución local se refiere al “Hábitat” y dispone:

“Art. 31 - La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica con necesidades especiales de escasos recursos.

2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

Por supuesto que estos preceptos se ven reforzados por lo establecido en el art. 14 bis, C.N. y en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional pertinentes (art. 75, inc. 22, C.N.).

6. Desde esta perspectiva, coincido con mi colega, el Dr. Luis F. Lozano. La sentencia de la Cámara resuelve el juicio mediante pautas de excesiva latitud que no se hacen cargo de las particularidades de la causa y, en consecuencia, la descalifican como acto jurisdiccional válido. El pronunciamiento aludido condena al GCBA “a que mientras subsista la situación actual de los accionantes les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el dec. 895/02, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso” (fs. 105, autos principales).

Ocurre que el GCBA expresó en el curso de la causa que la previsiones del dec. 895/02 son *inaplicables a los actores* porque ya han recibido el subsidio de \$ 1. 800 que contempla —y que, por lo demás, al día 22 de marzo de 2006, han percibido desde su ingreso a los programas habitacionales la suma total de \$ 10.380 (conf. informe suscripto por el señor director general de Fortalecimiento Familiar de la Subsecretaría de Gestión Social y Comunitaria de la Secretaría de Desarrollo social del GCBA, obrante a fs. 115)—. Asimismo, la Ciudad manifestó que otros planes vigentes en la jurisdicción también les *fueron ofrecidos* y los amparistas no se interesaron por ellos.

Así las cosas, tengo para mí que la fórmula empleada en el dispositivo de la sentencia no permite definir con precisión cuál es la conducta que deben adoptar las autoridades de la Ciudad y dentro de qué límites.

Tal vez esta imprecisión obedezca a la manera en que se han abordado la concreta petición que se formula en la demanda y las posteriores argumentaciones opuestas por el Estado local.

Porque si la cuestión se encuadra como un caso de simple omisión de la Administración en incluir a los actores en *algún* (cualquier) plan habitacional, el caso es sencillo y sólo debe dilucidarse si existe o no un deber jurídico incumplido por la Ciudad, a la luz del conjunto de normas y principios que disciplinan su accionar y de las circunstancias comprobadas de la causa. Concretamente, debe constatarse si la Ciudad omitió o no omitió ofrecer a los amparistas alguna salida razonable para cubrir la situación de desamparo que los afecta.

Si, como queda dicho, no cabe ya ponderar una simple omisión, por la negativa del Gobierno a incluir a los actores en *algún* plan habitacional, debe-

ría resolverse, también a partir de las circunstancias comprobadas de la causa, hasta dónde es posible exigir judicialmente que el GCBA implemente *un plan a medida de los amparistas*, porque los que se encuentran en vigencia, o bien no les son aplicables (decs. 1234/04 y 97/05), ya se han agotado en lo que a ellos respecta (el subsidio del dec. 895/02), o bien no reúnen las condiciones que ellos conciben necesarias para el goce efectivo de sus derechos constitucionalmente garantizados (a la vivienda digna y a ser diferentes sin discriminación, con pretexto de orientación sexual). No paso por alto, tampoco, el pedido de inconstitucionalidad del dec. 895/02 formulado en la demanda que no ha sido objeto de tratamiento por los jueces de mérito por considerarse una cuestión inoficiosa.

En virtud de lo expresado, la sentencia objetada no brinda argumentos consistentes que permitan sostenerla como acto jurisdiccional válido, tal como lo expresa en su fundado voto el señor juez Luis F. Lozano, cuyos términos comparto (conf. desarrollos contenidos especialmente en los puntos 3 a 5, así como la conclusión del punto 6).

Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el GCBA; *b)* dejar sin efecto la sentencia objetada; y *c)* devolver el expediente a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

Costas, si las hubiera, por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a los votos de los Dres. Lozano y Casás, quienes han agotados las cuestiones a tratar, puntualizando, en términos que comparto, las falencias que ostenta la sentencia recurrida y que impiden que pueda considerarse un pronunciamiento judicial válido en los términos del art. 145, CCAyT.

En efecto, no se advierte en el fallo impugnado un desarrollo argumental que —a partir del análisis de la ilegalidad o manifiesta arbitrariedad de la conducta asumida por la demandada— concluya, con adecuado respaldo en las constancias de la causa, el sustento suficiente para considerar incumplida una obligación legal impuesta concretamente por una norma a favor del derecho de los accionantes.

Tal como reiteradamente lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación “toda sentencia constituye una unidad lógica jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación” (*Fallos*, 316:609; 308:139; 320:985 entre muchos otros). El pronunciamiento objetado no cumple con tales recaudos pues sólo se sustenta en principios generales emanados de la Constitución y tratados internaciona-

les, con extensa mención de sus citas y transcripciones, pero sin vincularlos mediante un razonado estudio y ponderación de sus alcances con las constancias y pruebas que ofrece la causa. En este sentido, debe destacarse que lo que otorga validez a la decisión judicial no es el mero imperio del juzgador expresado en la parte dispositiva, sino fundamentalmente, las motivaciones concretas que le sirven de base y que deben surgir claramente de la resolución que se dicte.

Por lo demás, tampoco puede soslayarse el hecho de que la condena impuesta al Gobierno de la Ciudad resulta imprecisa e indeterminada, lo que no se condice con la finalidad de un proceso judicial destinado a dotar de certeza a una determinada relación o situación jurídica, y menos aún con la del proceso de amparo en el cual la integridad del derecho lesionado debe ser inmediatamente reparada. Existe consenso en afirmar que “toda sentencia de amparo debe ser categórica y ejecutiva” (conf. FIORINI, Bartolomé: “El recurso de amparo”, LL, 93-946 y SAGÜÉS, Néstor P.: *Acción de amparo*, p. 457), pues de ello depende el alcance de la decisión.

Sin embargo, en el caso de autos, no puedo menos que coincidir con mis colegas Dres. Lozano y Casás en cuanto sostienen la imposibilidad de comprender el alcance de la condena impuesta pues, aparentemente, su objeto ha sido ya agotado por la accionada al ofrecer distintos planes de empleo y de vivienda a los actores y al haberle concedido un subsidio transitorio en el marco del dec. 895/02. No queda claro entonces, cuál es la conducta que se le impone al Gobierno desplegar para acatar la decisión de la Cámara y ello afecta, sin duda, su derecho de defensa en juicio pues le impide agravarse adecuadamente de la sentencia así dictada.

Estas consideraciones resultan a mi juicio suficientes para coincidir con la solución propuesta en los votos a los que adhiero.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el GCBA y dejar sin efecto la sentencia recurrida.

2°. *Devolver* el expediente a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en esta sentencia.

3°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja a los autos principales y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I de

la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y el expediente a la Sala II.

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

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

LXXXIV

“GARAVENTA, LILIANA DORA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘GARAVENTA, LILIANA DORA C/BANCO
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/DESPIDO”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Admisibilidad. Cuestión federal. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales

Expte. n° 4180/05 - 31/5/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Sra. Liliana Dora Garaventa, parte actora en la causa, interpuso recurso extraordinario federal (fs. 87/101 vta.) contra la sentencia del 15 de marzo de 2006, por la que el Tribunal admitió el recurso de queja planteado por la actora y, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por aquélla, con costas.

Se dio traslado del recurso al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, quien en su contestación se opone a su admisibilidad y procedencia (fs. 104/111 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente.

2. En la sentencia recurrida consideré que “...la actora, en la demanda, planteó diversas cuestiones constitucionales, de las cuales sólo ha mantenido y replanteado en todas las instancias que la desvinculación afectó su derecho a la estabilidad en el empleo público —por tratarse de un Banco que es un sujeto de carácter público del Gobierno local— y su derecho adquirido a un régimen laboral de estabilidad propia emergente del estatuto de personal vi-

gente al momento en que ella ingresó a la institución. La actora afirma tener un *derecho subjetivo* a la estabilidad propia, que está amparado por la protección constitucional a la propiedad. De tal manera, funda la cuestión constitucional en los arts. 14 bis y 17 de la C.N. Por lo contrario, la actora no insistió en la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio conforme a la LCT que planteara en su demanda” (punto 1 de mi voto).

Al examinar los agravios de la recurrente, también sostuve que “[l]a cuestión a decidir consiste en determinar si la modificación del régimen de estabilidad, ocurrido para los trabajadores del Banco de la Ciudad, al reformar el directorio el estatuto del personal, se contrapone al art. 14 bis” y que “[l]a tutela de la propiedad constitucional que invoca la actora, exige ponderar si el régimen normativo general vigente al momento de contratar se incorporó al ámbito de sus derechos (como derecho adquirido)” (puntos 4 y 6, respectivamente).

Como se desprende de lo expuesto, la actora alegó que la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales en las sentencias de las instancias anteriores resultaban contrarias a derechos reconocidos por disposiciones de la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 17). En tanto la decisión del Tribunal rechazó la interpretación del derecho federal propuesta por la recurrente y los agravios formulados por ella contra la resolución cuestionada, su insistencia respecto de la lesión de tales derechos en el recurso extraordinario federal enmarca la impugnación en el motivo descripto en el art. 14, inc. 2º, de la ley 48, en tanto se ataca la validez de un acto de la Administración local y la sentencia se pronuncia por la validez del acto, o, de otra manera, en el inc. 3º de la ley señalada si se reputa que el recurso sólo pretende la interpretación de una cláusula constitucional. En todo caso resulta habilitada la jurisdicción apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Asimismo, la recurrente invoca la arbitrariedad de la resolución impugnada y, de este modo, procura introducir la cuestión constitucional por afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio. Sin embargo, como lo tiene dicho el más alto tribunal federal, la admisibilidad del recurso por arbitrariedad es estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, es inadmisibile en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia de la actora con la fundada interpretación y aplicación del derecho a las circunstancias comprobadas de la causa que el Tribunal efectuó en el fallo recurrido.

4. En cuanto a la “gravedad institucional” que menciona la recurrente como otro motivo del recurso extraordinario cabe señalar que su planteo carece de un adecuado desarrollo y, por ello, no logra exponer de qué manera lo resuelto compromete principios institucionales básicos, instituciones fundamentales de la república o el interés general, tal como exige la doctrina de la Corte.

En tanto la situación planteada en el caso no trasciende el interés de la parte, el recurso tampoco debe ser concedido por este motivo.

5. Por último, el recurso extraordinario debe ofrecer una argumentación autónoma que satisfaga ciertas exigencias básicas. En tal sentido, corresponde consignar que el escrito refiere los hechos relevantes de la causa, su fundamentación es adecuada, en él se identifica la cuestión constitucional federal que habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia y tal cuestión se introduce oportunamente al debate; los agravios invocados guardan directa relación con el planteo constitucional efectuado, la sentencia del Tribunal es definitiva y constituye la decisión del superior tribunal de la causa en la jurisdicción local, pues la legislación procesal no prevé ningún recurso contra la sentencia.

6. En consecuencia, el recurso debe ser concedido parcialmente por el motivo señalado en el punto 2 de mi voto (art. 14, inc. 3º, ley federal 48). Las costas se imponen por su orden, en atención a que, en cuanto a la admisibilidad del recurso, las partes resultaron vencedoras y vencidas recíprocamente.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión federal que habilita el recurso en análisis ya fue señalada en mi voto (de minoría) al admitir el recurso de inconstitucionalidad en esta causa. En consecuencia, coincido con la solución del juez de trámite con apoyo en lo establecido por el inc. 3º del art. 14 de la ley 48.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en cuanto propicia conceder parcialmente el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora.

2. Tal como lo sostiene mi colega, el recurso es parcialmente admisible toda vez que, además de cumplir con los requisitos formales exigibles, logra delinear una cuestión federal a partir del cuestionamiento de la inteligencia que corresponde asignar a normas federales que guardan relación directa con el caso (arts. 14 bis y 17, C.N.), mientras que lo resuelto ha sido contrario al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14, ley 48).

En este sentido, en la sentencia de fecha 15 de marzo próximo pasado, al resolver el rechazo del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido por la parte actora, expresé que “el problema que se plantea en el

presente recurso podría resumirse de la siguiente manera: como la Sra. Garaventa ingresó a la planta del Banco de la Ciudad de Buenos Aires en el año 1976, bajo la vigencia de un Estatuto que reconocía su “derecho a la estabilidad” (la Carta Orgánica del Banco autorizó al directorio a determinar el régimen de estabilidad de sus empleados), la modificación introducida al mencionado Estatuto a partir del año 1992 —que admitió la posibilidad disponer despidos mediante el pago de las indemnizaciones previstas en la ley 20.744 y sus modificatorias—, le sería inoponible pues, de lo contrario, se estaría aplicando una norma de alcance general en forma retroactiva a situaciones jurídicas ya consolidadas, con menoscabo al derecho de propiedad y al derecho a la estabilidad en el empleo, ambos tutelados por la Constitución Nacional” (conf. párr. 2º del punto 2 de mi voto).

Cabe añadir que la actora no ha mantenido el agravio referente a la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245, L.C.T., el que de todos modos hasta aquí ha resultado inatingente —ello, a pesar de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Carlos Alberto Vizzoti v. AMSA S.A.”, sentencia del 14/9/2004 (*Fallos*, 327:3677)—, por cuanto la pretensión en subsidio quedó ceñida a los salarios que, en su concepto, le corresponderían entre el egreso y la fecha de su jubilación, resarcimiento que ha sido, denegado, en: la causa.

3. El agravio vinculado a la alegada arbitrariedad de la sentencia, por el contrario, debe ser desestimado, por los argumentos expuestos en el punto 3 del voto del señor juez de trámite, a los que me remito en homenaje a la brevedad.

Por último, en cuanto a la invocada doctrina de la gravedad institucional (fs. 89 vta. y ss.), sólo corresponde expresar que no se ha logrado demostrar de manera suficiente que lo resuelto exceda el interés individual de las partes, sea susceptible de incidir de modo directo en los intereses de la comunidad (*Fallos*, 303:962; 304:848) o comprometa las instituciones básicas de la Nación (*Fallos*, 307:973). En consecuencia, corresponde también denegar el recurso en lo que a este agravio se refiere.

Por las consideraciones expuestas, corresponde conceder parcialmente el recurso extraordinario federal incoado por la parte actora, con los alcances consignados en el punto 2 precedente.

Costas por su orden, en atención a que existen vencimientos recíprocos. Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con mis colegas preopinantes en que el recurso extraordinario federal debe ser parcialmente concedido en cuanto cuestiona la validez de la modificación del Estatuto del Personal del Banco de la Ciudad. El planteo traído por el recurrente es de los estipulados por el inc. 2º del art. 14 de la ley 48. Efectivamente, el caso ha quedado resuelto por aplicación de una norma ema-

nada de una autoridad local —Estatuto del Personal del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, emanado del directorio de la entidad en virtud de la competencia otorgada por la Carta Orgánica del Banco, t.o. por dec. ley 9372/63—, estimada compatible con los arts. 14 bis y 17, C.N. y, por ende, válida no obstante el planteo de la demandante. En tales condiciones, el recurso presenta, en lo que hace a este agravio, un supuesto de los contemplados en el art. 14, inc. 2º de la ley 48. Conforme lo exponen mis colegas preopinantes, en lo relativo al resto de los agravios el recurso debe ser denegado.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder parcialmente* el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora a fs. 87/101, con el alcance señalado en los fundamentos de esta sentencia. Costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se eleve a consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el oficio de estilo.

Fdo.: Julio B. J. Maier - José O. Casás - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.

LXXXV

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘ALASIA, VIRGINIA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO
(NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)’”

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Admisibilidad. Arbitrariedad de sentencia. Caso constitucional. Estatuto
del Personal Docente. Salario. Adicionales. Carácter remuneratorio.
Base de liquidación del rubro antigüedad. Principio *in dubio pro operario*

Expte. n° 4304/05 - 31/5/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

I. Virginia Alasia, Nélica Cristina Bedrossian, Gloria Clelia Belatti, Marta Beatriz Canegallo, María Elena Carrasso, Rosa Lucía Casoli, Susana Mirta Civitillo, Beatriz Isabel de Gandia y Eduardo Mario Dottori, docentes dependientes de la Secretaría de Educación, demandaron al GCBA a fin de

que se lo condene a incorporar al haber mensual dentro del rubro 001 —suel-
do básico— los adicionales que se perciben bajo los rubros 094, 095, 096,
097 y 206. Los actores solicitaron un nuevo cálculo de todos los rubros que
componen la liquidación mensual de haberes y que el reajuste se efectúe so-
bre todos los rubros con la retroactividad que para cada ítem indican en su
demanda (fs. 1/7).

El GCBA contestó demanda y solicitó su rechazó. También opuso la
prescripción quinquenal como defensa de fondo.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y dispuso que
la administración “incorpore al haber mensual de los actores dentro del códi-
go 01 (Sueldo Básico) las asignaciones que actualmente les son liquidadas
como códigos 094, 095, 096 y 097, procediendo a recalcular todos los rubros
que componen la liquidación mensual y el sueldo anual complementario, todo
ello desde la fecha de presentación del reclamo administrativo de cada uno de
los actores, con más el interés equivalente a la tasa pasiva promedio que pu-
blica el Banco Central (...) desde las respectivas fechas hasta su efectivo pago
por la demandada; 2. Rechazar los planteos de inconstitucionalidad de con-
relación a los decs. 1442/98, 4937/91, 5261/91, 1442/98, 1203/98 y 396/98.
3. Costas en el orden causado” (fs. 20).

2. Ambas partes apelaron la sentencia.

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario
hizo lugar, parcialmente, a los recursos interpuestos por la actora y por la
demandada, revocó parcialmente la sentencia apelada y le dio a su decisión el
siguiente alcance: “a) Corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto
por la parte demandada con respecto a la inclusión de las asignaciones crea-
das por los decs. 4937/91 y 5787/91 al rubro ‘sueldo’ (001) y, por lo tanto, se
confirma la sentencia apelada respecto de este punto (...). b) Corresponde ha-
cer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada con respecto
a la inclusión de las asignaciones creadas por los decs. 4937/91 y 5787/91 en la base
de cálculo de la bonificación por antigüedad y, por lo tanto, se revoca la senten-
cia apelada en este punto (...). c) Corresponde hacer lugar al recurso de apela-
ción interpuesto por la parte actora con respecto a la inclusión de la asigna-
ción creada por el dec. 1442/98 en la base de cálculo de la bonificación por
antigüedad (...). d) Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto
por la parte actora con respecto a la aplicación del plazo de prescripción
quinquenal (...) y, por lo tanto, se revoca la sentencia apelada en este punto
(...). e) Corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte
demandada con respecto a la imposición de costas y, por lo tanto, se confirma
la sentencia apelada respecto de este punto (...)”. La sentencia también dispu-
so la aplicación de la tasa pasiva e impuso las costas de la alzada en el orden
causado (fs. 47/53, expediente de la queja).

3. La demandada dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 54/71) fun-
dado en los siguientes agravios: a) arbitrariedad de la sentencia, al modificar

la naturaleza no remunerativa de los suplementos establecidos por los decs. 4937/91 y 5787/91 y ordenar su inclusión en el sueldo básico, *b)* arbitrariedad por la admisión por la alzada de una modificación a la pretensión planteada en la demanda con referencia al adicional establecido por dec. 1442/98; *c)* arbitrariedad al admitir que el adicional del dec. 1442/98 sea considerado bonificable por antigüedad. La parte recurrente afirmó que, como consecuencia de las arbitrariedades que planteó, la sentencia violó la división de poderes, legisló a través de un acto jurisdiccional, violó el principio de congruencia, el derecho de defensa en juicio, el derecho de propiedad, la ley aplicable al caso y dispuso incumplir actos administrativos legítimos cuya inconstitucionalidad no ha sido declarada.

La Sala I de la Cámara denegó el recurso deducido por la Procuración General por considerar que los agravios constitucionales son genéricos y no plantean con claridad y precisión un caso constitucional. Asimismo, sostuvo que la sentencia, aunque resulte criticable jurídicamente, no puede ser considerada “como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica” (fs. 73 y vta.).

Contra esa resolución, el GCBA recurrió en queja (fs. 74/88 vta.).

El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja en su dictamen (fs. 97/100).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja fue planteada en tiempo oportuno y forma correcta. Por lo demás, la recurrente procura criticar las razones ofrecidas por la alzada para denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad —que la queja pretende defender ante este estrado— y reseña las circunstancias relevantes del proceso, aunque su formulación es excesivamente genérica y no logra establecer una relación directa entre los argumentos que expone y los agravios que plantea.

2. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, la Procuración General denuncia el carácter arbitrario de las sentencias de la Sala I de la Cámara de Apelaciones. En el primero de ellos, la arbitrariedad se refiere a la decisión del recurso de apelación, y en la queja, a la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Ya he expresado que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la *arbitrariedad* ha pasado a ser —en la praxis abogadil— un motivo general de cualquier recurso, quizás por efecto de la conocida, pero nunca clara, doctrina de la CSJN, quizás por efecto de aquello que a los alumnos se les explica en las cátedras de derecho constitucional y derecho procesal de las facultades de Derecho con sede en la Ciudad. En el primer punto de mi voto en la causa “Farías”, y en el cuarto de “Lococo”, compartí ciertas reflexiones que hacen a

la estimación teórico-constitucional que me merece lo que llamé, entonces, “el gentilicio *arbitrariedad*” (“GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565, y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792). Esta “estimación” (en verdad, una comprensión amplia del derecho en la que el capítulo de la arbitrariedad colide, casi invariablemente, con la concepción que subyace a institutos jurídicos que, especialmente en materia penal, yo considero valiosos) me impide reputar a la ausencia de “arbitrariedad” —falta, escasez o ilogicidad de fundamentos— como un requerimiento constitucional de toda decisión judicial *sine qua non* (conf. mi voto en “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004).

Si, como sostuve en mi voto *in re* “Farías”, la mayoría de los recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de sentencia están destinados al fracaso, el caso bajo estudio no es una excepción, pues para los recursos limitados por los motivos, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas (conf. TSJ *in re* “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., “GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss., y “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 912/01, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

La propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que “la (...) arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación” (*Fallos*, 323:2879), así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente pues, según ella misma lo ha dicho: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18, C.N.” (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros; este Tribunal:

expte. n° 726/00 “GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, sentencia del 24/5/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 240 y ss.; expte. n° 912/01, “Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, Cód. Contrav. —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 5/12/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 749 y ss.).

3. Ahora bien: el hecho de que el recurso abunde en la denuncia de supuestas arbitrariedades de la sentencia no quiere decir, de modo alguno, que no se haya quejado sobre ciertos problemas constitucionales que la afectan.

Dejo de lado los agravios del Gobierno referidos al principio de *división de los poderes*, porque el hecho de que alguien demande al Estado ante los órganos judiciales competentes, con el fin de impugnar decisiones administrativas, no puede representar otra cosa que el ejercicio de un derecho por parte del administrado, en este caso del empleado público, característico del sistema republicano. En este punto, el recurso de inconstitucionalidad es impropio.

Por la misma razón es incorrecta la crítica de la sentencia en cuanto afirma la falta de competencia del órgano judicial que la dictó, al haberse arrogado funciones legislativas. Por consiguiente, procede también el rechazo del recurso sobre esta base.

4. Tampoco puede prosperar el recurso de inconstitucionalidad respecto de la interpretación que la sentencia de Cámara concede a los adicionales establecidos por los decs. 4937/91 y 5787/91 —en cuanto los considera con carácter remunerativo— al confirmar la sentencia de primera instancia que acogió la pretensión de los actores. A esta interpretación no le alcanza el recurso, pues constituye sólo una discrepancia insustancial con las razones de derecho expresadas por la alzada en su sentencia.

El hecho que la Sala no pronunciase *formal y expresamente* la inconstitucionalidad o nulidad del carácter no remunerativo establecido en esas normas, no debilita los argumentos expuestos en la sentencia para admitir el carácter remunerativo de los adicionales que los decretos mencionados reconocen (fs. 47 vta./50, puntos VI a XII).

Además, las razones brindadas por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. n° 3565/04, sentencia del 26/5/2005, confirman lo decidido por la alzada en este punto y dan suficiente respuesta a los cuestionamientos de la Procuración General; a esa decisión me remito por razones de brevedad.

5. Por lo contrario, son admisibles y deben ser acogidos los agravios dirigidos contra la sentencia en cuanto admitió que el adicional establecido por el dec. 1442/98 sea considerado “bonificable” a los fines de liquidar el rubro antigüedad.

En atención al carácter central y hasta dirimente de la controversia que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario le asignó al principio *in dubio pro operario* —al hacer lugar parcialmente al recurso intentado por la actora (párrs. XIX a XXII, fs. 50 vta./51 vta.)— para interpretar el dec. 1442/98, la Sala tomó en cuenta la disposición contenida en el art. 43, CCBA, conforme a la cual “el tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme los principios del derecho del trabajo”. La parte recurrente considera innecesaria la aplicación de ese principio conforme a la interpretación que ella efectúa del art. 118 del Estatuto del Docente (fs. 83 vta. y ss.).

Se establece, entonces, una controversia constitucional sobre la necesidad, corrección y plausibilidad de aplicar, y en caso positivo con qué alcance, el art. 43 de la Constitución local. El caso constitucional, efectivamente, se ha suscitado a partir de que, en el escrito del recurso de inconstitucionalidad, la Procuración General explica y funda suficientemente lo que considera una aplicación manifiestamente indebida del principio *in dubio pro operario* en la sentencia de la Cámara que resolvió el recurso de apelación planteado por la parte actora.

Este planteo efectivamente habilita la vía recursiva intentada por la Procuración General en los términos del art. 27, L.P.T.

6. Tal como lo expresé en los fundamentos de mi voto en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos’”, expte. n° 3879/05, sentencia del 14/9/2005, considero, en primer término, que el carácter “bonificable” por antigüedad del adicional establecido en el dec. 1442/98, afirmado por la Sala, no se deriva del principio *in dubio pro operario*, en el que ella funda la procedencia de tal calificación. En cuanto interesa para la solución del caso, cabe recordar que el art. 118 del Estatuto del Docente (ordenanza 40.593) dispone que la retribución mensual del personal docente en actividad se compone de la siguiente manera: *a)* asignación por el cargo que se desempeña; *b)* bonificación por antigüedad, y *c)* las restantes retribuciones que le correspondan en virtud de las disposiciones legales aplicables. Asimismo, el dec. 1442/98 estableció, de forma expresa, dos adicionales remunerativos y *no bonificables* por antigüedad.

El art. 43, CCBA, como ya lo he explicado, recoge el principio *pro operario* y, como toda norma constitucional de principio, ostenta un valioso papel en tanto factor interpretativo de las orientaciones o políticas generales cuya promoción por los aplicadores del derecho estuvo en la intención del constituyente alentar. Como ello es así respecto de aquellos supuestos en que tales principios resultan inequívocamente aplicables, se requiere, pues, de una actividad ulterior de concreción, o subsunción, que relacione el principio involucrado con el caso específico planteado. La actividad mencionada

(subsunción o concreción), que se halla en la base del razonamiento jurídico de quien interpreta las normas, corresponde, primero, a quien ejerce la potestad creativo-normativa (que incluye la facultad reglamentaria de normas programáticas ya vigentes) en la materia de que se trate (conf. ZAGREBELSKY, Gustavo: “La Constitución y sus normas”, en CARBONELL, Miguel (comp.): *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*; Porrúa-UNAM, México, 2000, pp. 83 y ss.).

En el caso, no se ha controvertido la potestad del Poder Ejecutivo para subsanar la supuesta indeterminación del Estatuto del Docente mediante el dictado de los adicionales que considere convenientes u oportunos —no es ocioso remarcar, como un hecho que no ha sido objeto de discusión en esta controversia, que los actores han resultado beneficiados merced al ejercicio de dicha facultad por el Poder Ejecutivo—. Por otra parte, va de suyo que esta potestad del Ejecutivo local es inclusiva de la atribución que le compete a fin de definir el carácter bonificable de los adicionales que decida establecer o de decidir, precisamente, lo contrario. Una vez que esta *definición completa del marco jurídico aplicable* haya tenido lugar en cualquier sentido (en el caso: el adicional establecido en el decreto múltiplemente citado no reviste carácter bonificable por antigüedad), entonces todo debate acerca de la constitucionalidad, legalidad, validez, corrección o justicia de esta *ultracalificación* (Joseph Raz) del alcance de los decretos, en modo alguno encuentra sustento en el principio *in dubio pro operario*, pues no se presenta ya la necesidad de subsanar o integrar duda, imprecisión, laguna o zona de penumbra alguna respecto de si los adicionales se computan o no para el cálculo de tal bonificación.

En segundo término, y por lo antedicho, el fundamento de la Cámara para no considerar la expresión literal del decreto (esto es, que el principio *pro operario* condiciona el contenido de aquél y cristaliza la orientación de su interpretación y aplicación por lo que, en el caso, se impone interpretar dicho decreto como inclusivo del adicional dispuesto por él sobre la base de cálculo de la antigüedad) es manifiestamente desacertado, al perder de vista que el principio invocado no se dirige a quienes crean las reglas jurídicas generales, sino a quienes las interpretan y las aplican.

Por consiguiente, cualquiera que sea el alcance que, según interpretaciones diversas, aunque siempre razonables, la CCBA asigne al principio *pro operario*, un requisito insoslayable de su eficacia reside en verificar la existencia de oscuridad, duda, laguna o zona de incertidumbre en relación con las reglas jurídicas generales que disciplinan el caso. Cuando menos, así lo establece la formulación positiva del principio en la norma del derecho del trabajo que lo recepta (art. 9º, L.C.T.), al enunciar que “[e]n caso de *duda* sobre la *aplicación* de normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la *interpretación* o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla

se decidirán en el sentido más favorable al trabajador” [énfasis suplementado]. En forma unánime, la doctrina, al comentar este principio, entiende que la duda (en sentido amplio: disposición vaga, polisémica, lagunosa o, en algún otro sentido, insuficientemente determinada) es, en efecto, una condición de su aplicabilidad. Así, Fernández Madrid destaca, entre aquellos recaudos de cuya confluencia depende la aplicación del principio comentado, la imposibilidad de despejar de otra manera “*una duda insuperable sobre el alcance de una disposición legal*” (conf. FERNÁNDEZ MADRID, Juan C.: *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 166; énfasis en el original).

Resulta claro, entonces, que la indeterminación que suele atribuirse al Estatuto del Docente en lo que respecta al modo de calcular la bonificación por antigüedad (art. 118, inc. b), Estatuto Docente), no alcanza a las remuneraciones establecidas por el dec. 1442/98, norma que *estableció inequívocamente que el adicional dispuesto no sería computable a ese fin*. De este modo, el decreto aludido despejó toda indeterminación normativa posible, al excluir dicho adicional del cálculo para la bonificación. En suma, el caso no presenta aspecto alguno que habilite la aplicación, en sede jurisdiccional, del principio *in dubio pro operario*: no existe aquí, propiamente, situación de duda que aquél deba despejar (en beneficio del trabajador) y la Administración parece dueña de la potestad de fijar el cálculo de la remuneración por antigüedad —su base, su alícuota, etc.—, incluso de la potestad de no establecerla.

7. De tal manera, propongo: *a)* hacer lugar a la queja y, parcialmente, al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA; *b)* revocar la sentencia de Cámara en cuanto hace lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores con respecto a la inclusión de la asignación creada por el dec. 1442/98 en la base de cálculo de la bonificación por antigüedad (punto XXII.c del voto del juez Corti, al que se remite el dispositivo de la sentencia, fs. 52 vta./53) y rechazar la demanda en ese aspecto; *c)* disponer que las costas del recurso de inconstitucionalidad sean soportadas por el orden causado puesto que, con referencia a él, existen vencimientos recíprocos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el juez Julio B. J. Maier. Comparto los fundamentos que él expone en su voto con excepción del párr. 2º del punto 2.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja fue planteada en tiempo oportuno y debida forma. La recurrente refuta las razones dadas por la alzada para denegar el recurso de inconstitucionalidad y plantea agravios que, por los motivos que expondré, merecen progresar parcialmente.

2. Las razones expuestas por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’” dan suficiente respuesta al cuestionamiento relativo al carácter remunerativo que la sentencia reconoció a los adicionales establecidos en los decs. 4937/91 y 5787/91, por lo que a ella cabe remitirse por razones de brevedad (expte. n° 3565/04, sentencia del 26/5/2005).

En cuanto al agravio relativo a la vulneración de la autonomía local, por haberse establecido el significado del concepto “remunerativo” a partir de una norma nacional (ley 24.241) para luego aplicarlo a un supuesto local, como lo es determinar el cálculo del sueldo anual complementario, más allá de su seriedad, ha quedado tardíamente introducido, pues aparece por vez primera en la queja (fs. 75 vta.).

3. En cambio, son admisibles y deben ser acogidos los agravios relativos al carácter bonificable, según el fallo apelado, del adicional creado por el dec. 1442/98.

La Cámara afirmó que el Estatuto del Docente, al regular la composición de la retribución mensual del personal docente, no especifica cuál es la base para liquidar el adicional por antigüedad, por lo que, a su entender, la cuestión debía resolverse por aplicación del principio *in dubio pro operario*, vigente para las relaciones de empleo público por expresa previsión constitucional (art. 43, último párrafo, CCBA). El fallo impugnado, en consecuencia, estableció que correspondía tener en cuenta todos los haberes de carácter remunerativo —entre los que se encuentran el adicional creado por el dec. 1442/98— para determinar el adicional por antigüedad, y lo declaró bonificable.

La recurrente, bajo la tacha de arbitrariedad controvierte, en realidad, la interpretación y aplicación que el *a quo* otorgó a la citada cláusula constitucional (art. 43 CCBA), en virtud de la cual interpretó que el Estatuto Docente requiere que la base de cálculo de la bonificación por antigüedad incluya adicionales como el establecido por el dec. 1442/98, por lo que, aunque implícitamente, declaró la inconstitucionalidad de tales decretos en cuanto reconocen carácter no bonificable a los adicionales que establecen (conf. doctrina de Fallos, 238:434; 241:178; entre otros). En tales condiciones, el planteo habilita la vía recursiva intentada en los términos del art. 27, L.P.T.

4. La Sala I en lo Contencioso Administrativo y Tributario fundó su sentencia en el principio *in dubio pro operario* que consideró aplicable a la relación de empleo debatida en autos (punto XIX), por la previsión constitucional contenida en el art. 43, CCBA.

En la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en Ruiz, María Antonia c/GCBA s/cobro de pesos”, expte. n° 3879/05, resolución del 14/9/2005 y, para una situación análoga, sostuvo que: “Más allá de cuál sea el ámbito de aplicación que la CCBA asigna al principio invo-

cado y cualquiera el alcance que se le atribuya, para ponerlo en práctica es requisito insoslayable verificar la existencia de un supuesto de oscuridad o duda, y alternativas a cuyo respecto la regla determine prioridades.

Desde esta perspectiva, es indisputable, los conceptos de los decs. 4748/90 [Nota: “Art. 2º — La suma que resulta de lo estatuido en el art. 1º estará sujeta a todos los aportes y contribuciones que recaigan sobre el básico salarial en los mismos porcentajes. No será bonificable por antigüedad” (conf. dec. 4748/90 del 21/9/1990)] y 1442/98 [Nota: “Art. 2º — La suma que resulta de lo estatuido en el art. 1º estará sujeta a todos los aportes y contribuciones que recaigan sobre el básico salarial en los mismos porcentajes y no será bonificable por antigüedad” (conf. dec. 1442/98 del 30/7/1998)] fueron expresamente establecidos por el Poder Ejecutivo, cuya autoridad para hacerlo no ha sido discutida, con carácter no bonificable. A su vez, no se cuestiona que, a partir de la promulgación de dichos decretos, las liquidaciones salariales de los actores fueron hechas con arreglo a la interpretación literal de esas normas, criterio sostenido por la Procuración, y nada hay que indique que no lo fue así para el resto de los trabajadores docentes a los que beneficia. Frente a ello, no pudo el a quo dudar de la voluntad del Poder Ejecutivo, y optar por una solución distinta a la consignada en los decretos mencionados. Nada indica, por otra parte, que el texto de los arts. 118 y 119 impidan al Poder Ejecutivo fijar rubros remuneratorios no bonificables por antigüedad. Ello así, porque el art. 119 no establece cuál es la base sobre la que debe liquidarse el adicional, y solamente cabe conjeturar que apunta a aplicarlos sobre los del 118 primer ítem (‘asignación por el cargo que se desempeña’) y sobre aquellos rubros del tercer ítem para los que no estuviere previsto lo contrario (‘las restantes retribuciones que le correspondan en virtud de las disposiciones legales’), mas no prohibiendo una política retributiva dirigida a aplastar la pirámide de la antigüedad en ventaja de los más nuevos que suelen ser también los más jóvenes. En otras palabras, cuando se define determinada política salarial para distribuir recursos limitados, se concilia o acuerda no sólo los intereses entre empleador y asalariado sino la tensión de intereses interna del conjunto de trabajadores. La autoridad competente enfrentada con el deber de distribuir recursos necesariamente limitados (finitos) puede elegir o pactar una distribución orientada a favorecer a los más jóvenes morigerando el incremento salarial por razones de antigüedad que presenta una relación directamente proporcional a la edad. Una elección de esa especie no supone retacear o reducir los recursos destinados a solventar salarios, en realidad implica disponer de ellos de una manera particular, destinada por ejemplo, a generar incentivos específicos que impactan sobre el perfil de docente pretendido. Ocluir la potestad de diseñar una política salarial con tales características, al imponer, en sede judicial por vía de sentencia, naturaleza bonificable a todo adicional remunerativo exhibe un doble problema. Por un lado, petrifica potestades privativas de otras ramas del gobierno sin haber demostrado ejerci-

cio ilegítimo para justificar un control con tal alcance. Por otro, desplaza la ejecución presupuestaria de la autoridad competente al juez, que la modifica, por fuera del esquema de distribución de poder diseñado por la CCBA. Dentro del cauce constitucional, la política salarial cuenta con herramientas que permiten a la autoridad competente establecer el rubro adicional y no ponerlo bajo el alcance insoslayable del adicional porcentual por antigüedad. No es dudoso que, cada vez que la autoridad fija retribuciones, de manera unilateral, o las pacta en el marco de la negociación colectiva, sienta o contribuye a sentar las reglas de distribución de recursos que son, como dije, necesariamente limitados. Es en interés colectivo de los trabajadores ampliar la masa salarial, y en interés de la sociedad que se respeten las previsiones del presupuesto aprobado por la Legislatura. En este escenario, el interés individual del trabajador en ver incrementado su salario opera, bien en oposición al de la sociedad o al de los otros trabajadores. La distribución entre estos últimos es asunto ajeno a la competencia judicial. Cuando un pronunciamiento judicial viene a extender los rubros de la retribución por encima del modo en que fueron fijados por la autoridad política competente viene necesariamente a obrar contra la ejecución presupuestaria, razón por la cual es especialmente aconsejable obrar con la máxima prudencia cuando el fallo no corrige una injusticia en una situación individual, sino que viene a sentar un criterio que abarca una categoría general de situaciones. La definición unilateral o pactada de la retribución de los trabajadores cristaliza o trae aparejada, al entrar en vigencia, una modalidad de ejecución presupuestaria, modificarla en las condiciones aquí analizadas (es decir sin acreditar ejercicio ilegítimo de potestades propias de la autoridad competente), en un momento posterior a través de una sentencia, impacta sobre aquella previsión al margen de las previsiones constitucionales. Al propio tiempo, la decisión judicial referida interfiere en el ámbito de negociación de los verdaderos protagonistas”.

“3.II En línea con lo antedicho, la jurisprudencia de CSJN impide asimilar o asociar automáticamente el carácter remunerativo de un adicional y su naturaleza bonificable. Un adicional puede presentar ambas notas pero ello no es imprescindible, el carácter remunerativo no se encuentra unido por medio de un cordón umbilical al beneficio de bonificación por antigüedad. En palabras del máximo tribunal federal ‘una cosa es considerar que ellos [los adicionales] forman parte de la percepción normal, habitual y permanente, y que su contenido es —pese a la confusa terminología con que fueron caracterizados— de esencia retributiva, y otra, muy distinta, que por tal circunstancia deban automáticamente ser tenidos en cuenta para el cálculo de otras bonificaciones’ (*Fallos*, 321:663).

3.III Es habitual en el ámbito sujeto a Convenio Colectivo de Trabajo establecer el adicional por antigüedad de acuerdo a un porcentaje sobre el salario básico de convenio y no sobre los restantes rubros remunerativos. En

tal sentido, rezan los convenios pertinentes: ‘Art. 9º — (...) Todos los trabajadores comprendidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo percibirán en concepto de ‘Escalafón por antigüedad’ un adicional sobre los sueldos básicos convencionales conforme a la siguiente escala: A los 2 años 4 %, a los tres años 8 %, (...)’ (conf. CCT 303/98); ‘Art. 18 — El personal comprendido en el presente convenio percibirá a partir de su entrada en vigor en concepto de adicionales por antigüedad, por cada año de servicio o fracción a seis meses que registrare al 31 de diciembre del año anterior, la suma resultante de aplicar al básico de la categoría respectiva, la bonificación mensual que corresponda, de acuerdo a las siguientes escalas fijadas por el Consejo Gremial de la Enseñanza Privada’ (conf. CCT 275/95); ‘Art. 14 — *Escalafón por antigüedad*: (...) incrementará su básico inicial a la categoría que se desempeña en ese momento, en un 1,5 % al cumplir dos años se eleva al 3 % siempre sobre el básico inicial y así sucesivamente (...)’ (conf. CCT 120/75)”.

5. La solución del caso, ajena al ámbito del *in dubio pro operario*, según ya fue dicho, requiere interpretar derecho local infraconstitucional. Tal tarea, resulta *per se*, en principio, ajena al recurso previsto por el art. 27, L.P.T. Sin embargo, una vez suscitado el caso constitucional, no existe impedimento para que el Tribunal interprete tanto el derecho local 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 TSJ una restricción de la especie que el art. 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, L.P.T. 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).

Por las razones dadas en el punto 4 de estos fundamentos, corresponde revocar la decisión impugnada en cuanto asignó carácter bonificable por antigüedad a los importes otorgados por el dec. 1442/98, y rechazar la demanda en este punto.

En síntesis, voto por admitir parcialmente la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad respecto del agravio a fin de tratar el cual quedó habilitada la instancia, y revocar, en consecuencia, la decisión impugnada en cuanto asignó carácter bonificable por antigüedad a los importes otorgados por el dec. 1442/98 y rechazar la demanda en este punto así como los restantes agravios articulados en la queja. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado por existir vencimientos recíprocos.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El presente caso resulta sustancialmente análogo al resuelto por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exone-

ración)”, expte. n° 3565/04, sentencia del 26/6/2005; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. n° 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. n° 3899/05, resolución del 31/8/2005; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos”, expte. n° 3879/05, resolución del 14/9/2005 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. n° 4075/05, sentencia del 14/12/2005.

2. Sobre la base de lo expresado por el suscripto en los precedentes antes citados, adhiero a la solución que propicia el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en cuanto sostiene que la demandada, el GCBA, no logra esbozar un verdadero caso constitucional referido a la supuesta violación al principio de división de poderes, generada por la decisión de la Cámara que atribuyó carácter remunerativo a los suplementos consignados por los actores en la demanda.

3. En lo que respecta a los agravios relativos al reconocimiento del carácter bonificable del dec. 1442/98, tal como lo expresa en su voto el señor juez de trámite, considero que resultan aplicables al caso los argumentos desarrollados por este Tribunal en la causa “Ruiz” ya citada en el punto 1 del presente, a los cuales me remito en homenaje a la brevedad.

Por ello, coincido con el señor juez de trámite, en tanto corresponde revocar la sentencia de Cámara obrante a fs 266/272 de los autos principales, en punto a la declaración del carácter bonificable por antigüedad del adicional establecido mediante el dec. 1442/98.

4. Sólo corresponde puntualizar que nada se ha objetado, ni en el recurso de apelación (conf. punto XII del voto del juez Horacio G. Corti) ni en el recurso de inconstitucionalidad, respecto de la forma en que se decidió la cuestión previsional planteada en el caso (como consecuencia de la declaración del carácter remunerativo de los suplementos creados por los decs. 4937/91 y 5787/91). Por lo tanto, nada corresponde decidir en esta instancia extraordinaria sobre el punto.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA; *b)* revocar la sentencia de Cámara obrante a fs 266/272 de los autos principales, en tanto dispone declarar el carácter de bonificable por antigüe-

dad del adicional establecido por el dec. 1442/98, y c) imponer las costas por su orden, por existir vencimientos recíprocos.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, con el alcance indicado en el punto siguiente.

2°. *Revocar* la decisión de fs. 266/272 de los autos principales en cuanto dispone el carácter bonificable por antigüedad del adicional establecido por el dec. 1442/98, y rechazar la demanda en este punto.

3°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad por el orden causado.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y se devuelva al tribunal remitente.

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

Fdo.: *Julio B. J. Maier - José O. Casás - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.*

LXXXVI

“CALDERARO, JULIETA MELISA C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4366/05 - 6/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Julieta Melisa Calderaro, empleada del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inició una acción de amparo en la cual solicitó que se ordene al Consejo de la Magistratura local que le otorgue un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde di-

ciembre de 2003; el pago, retroactivo desde el 16 de octubre de 2003, de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se dé cumplimiento a la escala salarial establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/5). El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y condenó a abonar a los actores los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 82/87).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 88/100). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 121/123 vta.).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 126/145) que, previo traslado a la actora que fue oportunamente contestado (fs. 149/150 vta.), fue concedido por la Sala II (fs. 152/153 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 160/163).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 153), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría —jueces José O. Casás y Ana María Conde— por rechazar la queja son directamente aplica-

bles ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, *revocar* la sentencia recurrida y *rechazar* el amparo planteado por la actora. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

LXXXVII

“SIGNES, HUGO RAÚL C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS
(EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.

Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Normas infraconstitucionales. Arbitrariedad. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Cobrador fiscal. Revocación de mandato

Expte. nº 4448/05 - 6/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Hugo Raúl Signes inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, por resolu-

ción de contrato e indemnización de daños y perjuicios, en relación con el contrato que vinculó a las partes —con base en el sistema establecido por el dec. 2237/93— por el cuál la actora debía encargarse de la recaudación de la deuda fiscal en mora, con derecho a cobrar a los contribuyentes una suma por gastos y honorarios (fs. 460/476). En una presentación posterior, la parte actora expresó que por medio del dec. 439/97 se derogó el dec. 2237/93 que dio origen a su contratación como cobrador fiscal.

La demandada solicitó su rechazo (fs. 519/530).

Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional, la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso-administrativo y tributario local.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno a pagar al actor la suma de \$ 80.156, más intereses y costas (fs. 955/959 vta.).

2. Ambas partes apelaron la decisión.

La Sala I de la Cámara, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia; no hacer lugar al recurso de apelación presentado por la parte accionante y rechazar la demanda en todas sus partes; e imponer las costas de ambas instancias por su orden (fs. 1042/1048).

3. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1065/1078 vta.) fundado en el precedente “Cobas” de este Tribunal e invocando la lesión a las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio y la frustración de derechos adquiridos, por una parte, y por tratarse de una sentencia que califica como írrita, arbitraria y contradictoria. El actor afirma que el recurso de inconstitucionalidad es procedente porque se debaten cuestiones de indudable carácter federal, hace referencia a los arts. 14, 17 y 18, C.N., y 10, 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 113, incs. 3º y 4º, CCBA.

El recurso fue contestado por la Procuración General de Ciudad (fs. 1082/1084 vta.), quien solicitó que se rechace la interpretación efectuada por la actora de los alcances del voto mayoritario del caso “Cobas”.

La Cámara concedió el recurso, salvo en cuanto a la arbitrariedad denunciada por el actor (fs. 1088/vta.).

4. El señor fiscal general adjunto propicia que el Tribunal anule la sentencia y ordene que se dicte uno nuevo conforme a derecho (fs. 1094/1095 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal es sustancialmente análoga a la resuelta en los autos “Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de inconstitu-

cionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 3272/04, sentencia del 6/4/2005.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acertó la alzada al señalar, en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad, que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el actor, se revocó el fallo de Cámara y se dispuso el reenvío del caso a la otra Sala para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Los argumentos del juez Julio B. J. Maier, que en ese caso votó en minoría por rechazar la queja, son directamente aplicables, ahora, para considerar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Los fundamentos del rechazo del recurso de inconstitucionalidad contenidos en el voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz en la causa referida en el apartado 1, resultan de aplicación en este caso.

3. Con la salvedad indicada, 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.

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

Por los argumentos brindados por la CSJN en *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre otros, aplicables a la situación de autos, corresponde señalar que, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido en forma parcial por la Cámara, la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *revocar* la sentencia de fs. 1042/1048 y *remitir* la causa a la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

2°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte demandada.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 6/4/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente a la Sala II.

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

LXXXVIII

“NOVAL, FLOREAL DANIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)
S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

**RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Programas
sociales de carácter habitacional. Cuestión abstracta.
Principio de congruencia. Derecho de defensa**

Expte. n° 4316/05 - 6/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Floreal Daniel Noval, José Ramón Almeida y Margarita Heredia iniciaron una acción de amparo el 7 de agosto de 2001 a fin de que el Gobierno de la Ciudad: *a)* cese en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas son beneficiarios, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que ingresaron originariamente, *b)* se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación, y *c)* haga cumplir en el hotel donde se encuentran alojados con su grupo familiar la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones (fs. 1/14).

2. La jueza de primera instancia resolvió declarar abstracta la cuestión planteada en relación con los coactores Noval y Heredia, al considerar que las normas dictadas por el Gobierno local con posterioridad al inicio del proceso de amparo satisfacían las pretensiones de los actores. También rechazó la demanda del Sr. Almeida porque no existían en la causa elementos que permitieran sostener que era beneficiario de los programas habitacionales (fs. 292/296 vta.).

3. La sentencia fue apelada por el asesor tutelar (fs. 297/299 vta.) y por la parte actora (fs. 301/312 vta.).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, resolvió revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción de amparo, con costas (fs. 396/398).

4. Ante esa decisión, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 407/421 vta.) que, previa contestación de los actores (fs. 425/454) y del asesor tutelar (fs. 477/479), fue concedido parcialmente por la Cámara (fs. 581/582).

5. Requeridos sus dictámenes, el asesor general tutelar (fs. 590/591 vta.) y el fiscal general adjunto (fs. 597/599) propician que se revoque la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El agravio que la Procuración General sostiene, como cuestión fundamental de su recurso, consiste en que la Sala I en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó sentencia en un proceso abstracto y con ello vulneró los límites que el art. 106, CCBA establece para el ejercicio de la actividad judicial.

2. Ya he señalado [*in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3098/04, sentencia del 16/12/04; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3097/04, sentencia del 16/12/2004; con ciertos matices, por tratarse de un recurso de la parte actora, *in re*: “Molina, Hilda Julia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Molina Hilda J. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3840/05, sentencia del 10/8/05, entre otros] que el Tribunal, en situaciones sustancialmente análogas a las aquí articuladas, consideró, tal como sostiene el recurrente, que el objeto peticionado en este juicio de amparo encontró respuesta satisfactoria a través de normas de alcance general dictadas con posterioridad a su interposición, y por lo tanto la pretensión articulada devino abstracta. Coincido con esa solución y doy aquí por reproducidos los argumentos desarrollados en este sentido por el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, resolución del 1°/10/2003 (entre otros precedentes).

3. La circunstancia sobre cuya base fue establecido el carácter abstracto del reclamo es objetiva y, por tanto, vale para el actor como para el demandado, y principalmente para el juzgador que debió atenerse al mismo criterio. La Cámara no pudo, entonces, dictar de manera legítima una sentencia de condena en los términos que lucen a fs. 397 vta.

En el caso, la Sala reconoce que “[d]urante el desarrollo del proceso se dictaron nueva reglas, *que importan un cambio de comportamiento con respecto a la situación que generó el inicio de la acción...*” (punto VI, párr. 2°, fs. 397, cursivas agregadas).

Sin embargo, sin suministrar razones que lo justifiquen, la Cámara, soslaya el hecho de que los sucesivos reclamos formulados por los actores en este pleito —dirigidos a que el Gobierno de la Ciudad mantenga los planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas son beneficiarios, se abstenga de transferirles a ellos la gestión así como la responsabilidad de la prestación y, finalmente, haga cumplir en el hotel la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones— quedaron resguardados por la normativa dictada luego de iniciado el proceso, que condiciona la permanencia de los actores en los planes habitacionales primigenios a una elección de los propios beneficiarios.

4. En el contexto reseñado, corresponde aplicar la doctrina fijada por este estrado de manera casi coetánea con la emisión de la sentencia impugnada (precedente “Jasmín”, ya citado, del 1º/10/2003 y sentencia de la Sala I del 20/11/2003). Adviértase que este proceso de *amparo* se inició hace ya casi cinco años, circunstancia que impone no prolongar innecesariamente su desarrollo.

5. Además de los reparos indicados, la sentencia impugnada en el recurso de inconstitucionalidad contiene otro defecto que la descalifica como decisión jurisdiccional válida. En realidad, superadas las apariencias, el dispositivo de fs. 397 vta. (punto 2.a), no hace más que puntualizar la obligación de cumplir la ley que pesa sobre las autoridades. Lejos está de satisfacer las exigencias previstas en el art. 12 —incs. b) y c)— de la ley 16.986, según el cual el pronunciamiento que admita la acción de amparo deberá contener “(...) [l]a determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución (...) e indicar (...) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto”. No se trata de negar la viabilidad de los procesos dirigidos a hacer cesar la inactividad material de las autoridades, sino de rechazar la validez de sentencias que se limitan a declarar en general la vinculación del Estado a la ley, sin resolver realmente la controversia mediante la indicación clara de las conductas debidas.

Las consecuencias de esta particular especie de sentencias, no son menores. En primer término, desde un punto de vista conceptual, ellas no se condicen con los términos del art. 106, CCBA. Pero además, en la práctica están destinadas a generar un importante menoscabo en las reglas que gobiernan los procesos, especialmente en relación con el derecho de defensa. Ello así, por cuanto se difiere a la etapa de ejecución de sentencia la determinación del contenido efectivo del mandato que no viene explicitado por el pronunciamiento de cuya ejecución se trata, en un marco que no admite un debate pleno e incluso podría generar la imposición de sanciones conminatorias por un aparente incumplimiento que el condenado no estuvo en condiciones reales de evitar, porque nunca se especificó en qué consistía el deber o conducta incumplido.

Además, sentencias como la recurrida conllevarían una invasión de la esfera de facultades pertenecientes al Poder Legislativo por parte del Poder Judicial. Pues se estaría dando un trámite abreviado a casos para los que el legislador no optó por este trámite especial.

6. Por las razones expuestas, el recurso de inconstitucionalidad del GCBA debe prosperar. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia de fs. 396/398 y confirmar la decisión de primera instancia en cuanto declara abstracta la cuestión planteada en este juicio (fs. 292/296 vta.). Las costas de la apelación y del recurso de inconstitucionalidad se imponen en el orden causado (art. 14, CCBA).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto la solución que propone mi colega el juez Luis F. Lozano respecto de la procedencia del recurso de inconstitucionalidad del GCBA.

Asimismo, me adhiero a los fundamentos que él expone en los puntos 1 a 4 de su voto pues ellos resultan —en lo sustancial— coincidentes con la postura que sostuve en expedientes similares a la presente causa, más allá de los matices que resultan de que en el caso recurre el Gobierno de la Ciudad y no quien interpusiera el amparo (“Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282, resolución del 1°/10/2003, entre muchos otros).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Comparto la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, en cuanto a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad planteado a fs. 407/421 vta. Asimismo, me sumo a los fundamentos que él articula en todos los puntos de su voto excepto el quinto que, notoriamente, resulta personalísimo de mi colega. Los demás fundamentos coinciden, en más o en menos, con aquellos que expuse en el caso “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282, resolución del 1°/10/2003, entre otros.

Por lo demás, la circunstancia de que la parte demandada (el Gobierno de la Ciudad), sea en este caso quien recurre la sentencia y no lo sea el accionante por amparo —como sucede normalmente—, no altera en modo alguno el criterio que sostuve en casos análogos, como el citado *supra* (conf. el señalamiento de la señora jueza Alicia Ruiz en su voto para esta causa).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, a cuyos fundamentos me remito en homenaje a la brevedad.

En consecuencia, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto (fs. 597/598) y por el señor asesor general tutelar (fs. 590/591), corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada, revocar la sentencia de fs. 396/398 y confirmar el pronunciamiento de primera instancia en tanto declara abstracta la cuestión planteada en el *sub examine*.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos a fs. 407/421 vta., *revocar* la sentencia de fs. 396/398 y *confirmar* el pronunciamiento de primera instancia de fs. 292/296 vta. que declaró abstracta la cuestión planteada en este juicio. Costas por su orden.

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

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

LXXXIX

“COULTAS, JUAN DOMINGO S/INF. ARTS. 83 Y 84,
CÓD. CONTRAV. S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.
Garantía de la doble instancia. Derecho de defensa
en juicio. Invocación genérica de garantías constitucionales

Expte. n° 4451/05 - 6/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor oficial de Juan Domingo Coultas interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 219/231) contra la resolución de fecha 17/10/2005,

por la cual la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas (fs. 117/129), revocó la sentencia absolutoria —dictada en la instancia anterior—y, por mayoría, condenó al imputado como autor responsable de la conducta prevista en el art. 83, párr. 1º, ley 1472, a la pena de multa por la suma de doscientos pesos (\$ 200), con más el comiso de los efectos secuestrados. No obstante, por aplicación del art. 47 del mencionado Código, se lo eximió de la sanción impuesta.

En el recurso de inconstitucionalidad propiamente dicho, el defensor intentó presentar “un solo agravio, vinculado al derecho constitucional (...) a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior” y precisó que su único propósito impugnativo radicaba en “que el Tribunal Superior de Justicia (...), mediante la declaración de su procedencia en esta causa, disponga el envío del expediente a otro tribunal competente para actuar como tribunal revisor del fallo que se impugna” (fs. 220); en su apoyo, consideró aplicable al caso la doctrina fijada, por la mayoría de este TSJ, en el precedente “Alberganti”, motivo por el cual, finalmente, afirmó que no correspondía introducir “aquí el resto de las objeciones de orden constitucional que es[a] parte verifica en la decisión que se impugna” (fs. 220 vta.).

Asimismo, la presentación recursiva se integra con una segunda parte o “sección” en la que se exponen los agravios que, en palabras del defensor, genera la sentencia objetada y que, forzosamente, deben ser revisados por el tribunal de mérito que en este estrado se desinsacule. Allí, el recurrente cuestiona la condena porque: *a)* no se comprobó que las supuestas ventas no estuvieron destinadas a la “mera subsistencia” del encartado y tampoco que importaran una “competencia desleal efectiva” para con los comercios establecidos; *b)* existirían criterios disímiles entre las salas del fuero local, en cuanto a la inteligencia de la prohibición contenida en el art. 83, Cód. Contrav.; *c)* no se comprobó, de hecho, venta o actividad lucrativa alguna; *d)* no es *razonable* afirmar, como lo hizo el sentenciante, que la comercialización de “sustancias alimenticias” no cabe en la excepción prevista en el art. 83, Cód. Contrav., párr. 3º; *e)* al sustanciarse el recurso acusatorio, la Fiscalía de Cámara habría ampliado indebidamente los agravios expuestos por su inferior en grado —circunscrito a la existencia de una posible “excusa absolutoria”, no probada en autos.

2. La Cámara declaró admisible el recurso con relación a la potencial afectación de la garantía del “doble conforme” (fs. 238/240) y, en virtud de la técnica expositiva empleada en el recurso —cuya última “sección”, quedaba sujeta a la eventual procedencia material del remedio extraordinario por este motivo de impugnación—, no sobrevino una queja ante este Tribunal por los restantes puntos, que tampoco fueron examinados por la alzada.

3. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, dictaminó que debía declararse mal concedido el recurso, en tanto la mera declaración

de responsabilidad —sin la correspondiente aplicación de la pena efectiva— no produce efectos jurídicos concretos sobre el encartado. Además, destacó que al reconocerse en esta instancia, la plena “vigencia del derecho al doble conforme, la vía pertinente para la impugnación del fallo e[ra] el recurso de apelación, no el de inconstitucionalidad”, habida cuenta que, “carece de sentido pretender por esta vía un mero acto de superintendencia, como es el señalado a fs. 220 (...) la defensa pudo interponer un recurso de apelación ordinario (...), pero nunca demandar al Tribunal Superior de Justicia la simple designación de un órgano revisor de instancia inferior” (fs. 245/247).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad intentado, *en principio*, satisface los requisitos formales básicos de admisibilidad, pues fue interpuesto contra una sentencia definitiva, por escrito, dentro del plazo legal establecido y ante el tribunal superior de la causa.

Ahora bien, la alzada declaró admisible la vía extraordinaria en virtud de la plausible trasgresión de la garantía de la *doble instancia* bajo la forma del *doble conforme*, y sólo en este aspecto se habilitó una eventual decisión de este Tribunal, en tanto, los restantes motivos de impugnación contenidos en la presentación —por la manera como fueron planteados— dependen, en palabras del recurrente y/o del *a quo*, de un hipotético “reenvío” que debiera ordenarse a partir de lo resuelto, por mayoría, en el precedente “Alberganti”. Sin embargo, no he participado de la solución final adoptada en aquél y, por cierto, no creo haber originado las “confusiones” acerca de las funciones de “superintendencia” que parecen pretenderse mediante este recurso —y que, actualmente, le preocupan al fiscal general adjunto—, por lo cual, no cabe que me pronuncie sobre ese tema.

2. La única afectación constitucional denunciada por el recurrente, no se verifica en autos, pues como lo sostuve en el caso “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav. —apelación’” (expte. n° 1509, resolución del 23/10/2002; y volví a reiterarlo, en los sumarios n° 3910, resolución del 5/8/2005, 3892, resolución del 5/8/2005, 3988, resolución del 3/10/2005, 4302/05, resolución del 5/4/2006), la garantía constitucional prevista en el art. 13.3, CCBA, fue establecida teniendo en miras la transferencia de la justicia criminal ordinaria al ámbito local (conf. la cláusula transitoria 13°). En efecto, en materia contravencional, las posibles dudas respecto de la garantía de la *doble instancia* no surgen a un nivel de interpretación constitucional, sino que se dan en un nivel infraconstitucional, y quedan despejadas cuando se hace una interpretación sistemática de los preceptos involucrados; el sistema recursivo reglado por la

ley 12 resulta adecuado a la materia normada por las leyes 10 y 1472, pues frente a ilícitos de una entidad menor que la criminal se cuenta para su juzgamiento con una *doble revisión*, la segunda de ellas, a cargo de un tribunal colegiado —que, frente al recurso acusatorio, se expidió sobre similar contenido fáctico al analizado por el juez de grado— y, eventualmente, con un recurso ante este estrado destinado a velar por la estricta observancia de los principios rectores a los que debe ajustarse el trámite del sumario. Por tanto, un nuevo examen de la sentencia condenatoria, a partir de la sola invocación de este motivo, no constituye un asunto idóneo para habilitar la competencia de este tribunal pues no resulta la derivación lógica, directa y —agrego— *razonable* del texto constitucional.

Lo dicho no se contrapone con lo dispuesto en su cláusula transitoria 12.5 en cuanto a la aplicación a la materia de todos los principios y garantías de fondo y procesales establecidas en la C.N., en tanto, expresamente, esta remisión debe formalizarse “en la medida en que sean compatibles” y “con estricta observancia” de los instrumentos internacionales enumerados en el art. 75.22, C.N. Así, tanto el art. 8.2.h, CADH como el art. 14.5, PIDCP instituyen el derecho a recurrir un fallo condenatorio y el *doble conforme* sólo para los supuestos de ilícitos penales y no para las contravenciones y faltas. Por otra parte, así lo entendió la CSJN (*Fallos* 323:1797) al precisar que tal garantía se hallaba supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona “inculpada de delito” o “declarada culpable de un delito”. No se trata, entonces, de establecer una distinción ontológica de ambas categorías de ilícitos sino de advertir que, en la órbita local, no se verifica una identidad de materia entre estos regímenes y que, por esa razón, la garantía que aquí se considera desconocida, no encuentra sostén constitucional para el ámbito contravencional; afirmación cuya constante verificación guía mi análisis.

En resumen, el recurso de inconstitucionalidad, sobre la base de este agravio, fue mal concedido por la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue concedido por la Cámara en el entendimiento de que su interposición por parte de la defensa del Sr. Coultas persigue “exclusivamente viabilizar el restablecimiento de la garantía del doble conforme” (fs. 240). En el presente juicio se ha arribado a una sentencia de condena a instancias del recurso de apelación deducido por el Ministerio Público Fiscal, aunque se ha resuelto eximir al encartado de la sanción establecida —por aplicación del art. 47, Cód. Contrav.

2. Así las cosas, según creo entender, el expediente llega a este estrado, pura y exclusivamente, para que se aplique el procedimiento establecido por el voto de la mayoría en la causa “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód.

Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910, sentencia del 5/8/2005.

Creo oportuno transcribir aquí, con un afán didáctico descriptivo, algunas consideraciones críticas a las implicancias procesales a las que apuntaría el recurso de resultar exitoso su tratamiento, según las agudas observaciones del señor fiscal general adjunto, Dr. Luis Jorge Cevasco. Así, en su dictamen puntualiza: “carece de sentido pretender por esta vía un mero acto de superintendencia, como es el señalado a fs. 220: ‘El objeto de este planteo recursivo es que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la declaración de su procedencia en esta causa, disponga el envío del expediente a otro tribunal competente para actuar como tribunal revisor del fallo que se impugna’. En efecto, la defensa pudo interponer un recurso de apelación ordinario y en caso de rechazo una queja o cuestionar directamente la subsistencia del fallo condenatorio, pero nunca demandar al Tribunal Superior de Justicia la simple designación de un órgano revisor de instancia inferior. //Semejante pretensión es por entero ajena al rol institucional del Tribunal Superior de Justicia y si bien en el precedente ‘Alberganti’ dispuso tal reenvío, fue con motivo de haber acogido la doctrina del doble conforme y entender que no le correspondía la intervención ordinaria reclamada sobre el fondo del asunto” (fs. 246 vta.).

3. Volviendo al apuntado decisorio “Alberganti”, es necesario recordar que no integré el voto de la mayoría. Por el contrario, expresé que, si bien la recurrente había considerado comprometidos los principios de legalidad y lesividad en razón de la hermenéutica dada al art. 68, Cód. Contrav. por los jueces de la causa, en el recurso no se habían conectado los agravios con los motivos constitucionales alegados. Por ello, no se había acreditado que las herramientas recursivas que el justiciable tenía a su alcance (v. gr., el recurso de inconstitucionalidad de la ley 402) fueran inapropiadas para dirimir la cuestión.

Además, sostuve que la alusión genérica a la garantía de la doble instancia reconocida en la Constitución local (art. 13.3), en mi concepto, no puede interpretarse como una argumentación suficiente para demostrar que la misma comprende la exigencia de la observancia del “doble conforme judicial” en los procesos contravencionales que tramitan ante la jurisdicción local y que, entonces, su desconocimiento provoca un menoscabo actual y concreto a la defensa en juicio.

En otras palabras, en tanto la parte interesada no fundamente de manera consistente que el recurso de inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 402 se muestra insuficiente para atender los agravios articulados contra la sentencia que se recurre y demuestre, al mismo tiempo, que en el caso corresponde aplicar el bloque de garantías que disciplinan el derecho penal —por las consecuencias que le acarrea al imputado estar sometido al proceso, por la entidad de la pena con que se lo amenaza y, en definitiva, por la índole de los

reproches que se levantan contra la sentencia objetada—, la pretendida fundamentación construida a partir de la mención genérica del art. 13.3, CCBA o de los pactos internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia pertinente que, en estos dos últimos casos, se refieran a “delitos”, resulta impropio para sustentar adecuadamente el recurso.

Por último, parece sensato afirmar que los agravios que trae el recurso en este punto resultan totalmente abstractos o, al menos, láliles y conjeturales, toda vez que la Cámara ha *eximido* de la sanción a la recurrente (multa de \$ 200 y comiso) y la cuestión sólo parece interesar por la mera posibilidad de que la pena sea tenida en cuenta en caso de reincidencia —si es que el Sr. Coultas comete una nueva contravención que afecta o lesiona el mismo bien jurídico, dentro de los dos años de la fecha en que la sentencia recurrida quede firme.

En virtud de las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 245/247), corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Con el fin de proceder al tratamiento de los distintos acápites que presenta el recurso de inconstitucionalidad concedido por la Sala II de la Cámara, invertiré el orden de los motivos contenidos en el escrito bajo estudio. De esta manera, con respecto a los denominados “agravios de esta parte con relación a la sentencia condenatoria dictada por esa Sala II, ante la eventual revisión de la sentencia por otro tribunal” (fs. 223 vta. y ss.), el propio recurrente ha expuesto que sólo los incluye en su recurso de inconstitucionalidad con un objetivo defensivo que no tiene a este Tribunal por destinatario, sino, antes bien, a aquellos jueces que eventualmente —aunque con seguridad, según la exposición del recurrente— este Tribunal designe para revisar la sentencia de condena. No sólo por ello sino, asimismo, porque el recurrente propone aquí la revisión de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, así como también la interpretación de reglas propias del derecho contravencional (en particular, el análisis de la hermenéutica propuesta por la Cámara con relación al tipo contenido en el art. 83, Cód. Contrav.), no corresponde por parte de este Tribunal pronunciamiento alguno sobre aquellos motivos de casación infraconstitucional.

2. Según palabras del propio recurrente, el único “agravio” (fs. 220) que él pone en juego mediante el recurso de inconstitucionalidad concedido consiste en la posible lesión del “derecho constitucional de la persona condenada en causa de características penales a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior, como derecho conexo a la garantía de la defensa en juicio (arts. 10 y 13, inc. 3º, CCBA; arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; art. 8º, 2, h, CADH

y art. 14, inc. 5º, PIDCP)”, esto es, la exigencia de una *doble instancia* para el condenado o *doble conformidad* judicial. Se observa, sin embargo, que el tribunal *a quo* (por mayoría), pese a hallar culpable al Sr. Coultas de la contravención acusada y a imponerle a este último, en principio, una sanción, luego no exige un efectivo cumplimiento de la pena impuesta, de conformidad con la atribución contenida en el art. 47, Cód. Contrav. (fs. 117/129 vta.). En tal caso, en términos estrictos, no existe agravio *actual* alguno para el recurrente que emerja de la decisión judicial tachada por inconstitucional.

3. En este orden de ideas, el hecho de que, eventualmente, el Sr. Coultas pueda ser declarado “contraventor reincidente” (conf. art. 47 *in fine*, Cód. Contrav. —fs. 223—) sólo consiste en una posibilidad futura y, en este sentido, meramente conjetural, razón por la cual carece de consistencia real o presente para ser objeto de cualquier recurso actual (conf. puntos 5, ii, y 7 de mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.’”, expte. n° 3562/04, sentencia del 25/2/2005). Si sucediera en el futuro esta declaración —y ella no ostentare carácter meramente formal— será contra esa decisión que el recurrente podrá exigir una nueva instancia y plantear allí sus argumentos constitucionales y de derecho infraconstitucional destinados a invalidar aquella resolución (véase, punto 5, ii, de mi voto en la causa “Prescava”, ya citada).

4. Por lo demás, agregó a los argumentos vertidos hasta aquí el fundamento que ya ofrecí en el punto 5, párr. 4º, de mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez, Horacio Daniel s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación’” (expte. n° 3988/05, resolución del 3/10/2005) con el fin de explicar que ni siquiera bajo el aspecto del ingreso del Sr. Coultas a un registro de contraventores —admonición que, a mi entender, no guarda proporción con el derecho a la doble instancia (*insignificancia*)— puede esgrimir el recurrente la existencia de un agravio actual contra la sentencia de condena (fs. 223), puesto que conforme al art. 50, Cód. Contrav., tal registro no es definitivo y caducará en un tiempo relativamente breve.

5. En atención a las razones brindadas en los puntos anteriores, me pronuncio en el mismo sentido que los votos precedentes.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido. La defensa formula su recurso sobre la base de un solo agravio constitucional —y con tal alcance fue declarado admisible por el *a quo*—, a saber, el derecho que toda persona tiene de recurrir un fallo condenatorio, con características penales, ante un tribunal superior, el que funda en los arts. 10 y 13, CCBA, 18 y 75, inc. 33, C.N., 8.2.h de la CADH y 4.5 del PIDCP. Sostiene el recu-

rente, que el Tribunal debe disponer el reenvío del expediente a un tribunal competente a fin de obtener una revisión amplia de la sentencia dictada por el *a quo*. A tales fines, la defensa, acompaña en un acápite aparte, dentro del mismo recurso, los agravios que pretende sean analizados por el eventual tribunal revisor del fallo condenatorio, los que no se limitan a la interpretación de la ley aplicable, art. 83 del Cód. Contrav., sino que versan también sobre cuestiones de hecho, prueba y procedimiento. Tal como surge de los resultados, el recurrente se agravia de: *a*) que no se comprobó venta o actividad lucrativa alguna; *b*) no se comprobó que las supuestas ventas no estuvieran destinadas a la mera subsistencia del encartado y tampoco que importen una competencia desleal efectiva para los comercios establecidos; *c*) que al sustanciarse el recurso acusatorio, la Fiscalía de Cámara habría ampliado indebidamente los agravios expuestos ante primera instancia; y *d*) que existirían criterios disímiles entre las salas del fuero local.

2. En tales circunstancias, los agravios que la apelante dirige contra el pronunciamiento de la Cámara no se limitan a la interpretación de la ley aplicada, la que si podría ser revisada por el tribunal cuando lo justifica el examen del recurso de inconstitucionalidad —v. gr., se invoca lesión de garantías constitucionales— o cuando se requiera el cumplimiento del control previsto por las normas internacionales —v. gr., en el caso, PIDCP y CADH—, sino que invoca aspectos vinculados a cuestiones fácticas y de procedimiento que exceden la competencia revisora de este Tribunal, lo que impone abrir una vía procesal susceptible de tratar aquellas cuestiones a cuyo respecto ésta es insuficiente.

3. Tal como sostuve, en los precedentes “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910/05, sentencia de este Tribunal del 5/8/2005 y “Martínez, Horacio Daniel s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 3988, sentencia de este Tribunal del 3/10/2005, establecido que el recurso de inconstitucionalidad, en el marco que le dan la Constitución de la CABA y la reglamentación prevista por la ley 402, es insuficiente para tratar los agravios presentados contra el contenido de la sentencia impugnada, cobra concreción el relativo a la frustración del derecho a recurrir esa sentencia condenatoria, que viene apoyado en el art. 8.2.h. de la CADH y el art. 13, inc. 3°, CCBA. Ello así, puesto que no es dudoso que las planteadas son, habida cuenta de su impacto en la solución final de la causa, cuestiones relevantes, a la luz de la doctrina sentada en el precedente “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. El art. 8.2.h de la CADH reza así: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho,

en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] *h*) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La CSJN, por remisión al dictamen del procurador fiscal de la Nación, aunque en una integración que no subsiste, resolvió que dicha disposición no resulta aplicable a las contravenciones y a las faltas, habida cuenta de que el artículo citado se refiere tan sólo a los “delitos” (*Fallos*, 323:1797). Este alcance de la Convención encuentra apoyo en una categorización de las conductas punibles que viene siendo empleada en el derecho interno de la generalidad de los países que ratificaron la CADH desde antes de su firma. Ello lleva, por aplicación del art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que indica que “[...]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, a otorgar al término “delito” un alcance acorde con ese generalizado empleo. Ello así, porque era y es el sentido corriente de las palabras y, asimismo, porque distinguir entre conductas según su gravedad es un temperamento acorde con el objeto y fin de la garantía que nos ocupa.

Haciendo un repaso breve de la situación actual, por ejemplo, el Código Penal de Guatemala distingue entre delitos y faltas, reglando estas últimas en el Libro Tercero (arts. 480 a 498) y sancionándolas con penas privativas de la libertad; del mismo modo Uruguay (arts. 360 a 366, Libro Tercero, Código Penal), Venezuela (arts. 485 a 547, Libro Tercero, Código Penal) y Nicaragua (arts. 553 a 564, Libro Tercero, Código Penal). Con las mismas características el Código Penal de Ecuador distingue entre contravenciones y delitos (arts. 603 a 605, Libro Tercero). Chile, si bien no prevé penas privativas de la libertad para las faltas, también realiza esta distinción (arts. 494 a 501, Libro Tercero, Código Penal).

No es dudoso que la distinción trasciende nuestras fronteras. Era conocida por los redactores de la CADH, quienes, no obstante, optaron por referirse a “toda persona inculpada de delito”, y no a un universo de supuestos que comprendiera genéricamente a todas las categorías de conductas punibles (delito, contravención y falta), eligiendo a ese fin una categoría omnicomprendensiva, o a un universo de conductas cuya comisión conllevara sanciones de índole penal, retributivas o privativas de libertad, ya fuese que el legislador las hubiera considerado delitos, contravenciones o faltas.

Tampoco cabe identificar los delitos como conductas sancionadas con prisión o, dicho de modo más genérico, como el universo de supuestos castigados con las penas privativas de la libertad. En efecto, son variados los estados que ratificaron la CADH [*Nota*: <http://www.cidh.org>, 26/7/2005] que tienen previstos en sus ordenamientos tipos contravencionales o de faltas cuya infracción genera la aplicación de verdaderas sanciones retributivas y limitativas de la libertad ambulatoria de los individuos, al igual que nuestro Código Contravencional. A modo de ejemplos, cabe mencionar los ordena-

mientos de países como Uruguay, Ecuador (dispone pena de arresto de 7 días en algunos casos), Guatemala (60 días), Nicaragua (3 meses), y Venezuela (30 días).

Este contexto muestra que, aun cuando la distinción entre contravención, falta y delito no responda a criterios universalmente aceptados, ni reciba un tratamiento idéntico en todas las legislaciones nacionales de los países que han ratificado la CADH, no es dudoso que esa distinción está generalizada y que la voz “delito”: *a)* no agota el universo de conductas a cuya comisión la ley enlaza una sanción penal, y ni siquiera comprende la totalidad de las conductas alcanzadas por penas privativas de la libertad, mas *b)* apunta a un ámbito de ilicitud de mayor entidad que el de las contravenciones o las faltas, a las cuales, universalmente, se identifica como conductas reprochables de menor gravedad.

En el caso de nuestro país, la distinción ha quedado directamente ligada al sistema federal. El Congreso ha escogido denominar delitos a las conductas definidas en el Código Penal que sanciona en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 75, inc. 12, C.N., no obstante que ese artículo le da posibilidad de distinguir categorías. Las contravenciones han pasado, en ese marco, a ser descripciones de conductas antijurídicas que cada una de las entidades federadas, y eventualmente la Nación, identifican como dañosas de bienes jurídicos cuya tutela les cabe hacer separadamente.

Finalmente, razones prácticas explican que una garantía que impone dar mayor extensión y complejidad al proceso previsto por el art. 8° de la misma convención para una categoría mucho más amplia de supuestos quede reservada para aquellos casos que más lo justifican por la gravedad de su repercusión sobre el enjuiciado.

Lo dicho lleva a descartar una interpretación de la Convención que torne aplicable la garantía de la doble instancia a las faltas y contravenciones.

5. Descartado que la Convención imponga obligación de esta especie para el juzgamiento de las contravenciones previstas en el Código Contravencional, similares consideraciones resultan de aplicación al PIDCP, cuyo art. 14, además, somete el derecho al recurso “conforme a lo prescripto por la ley”, fórmula que parece otorgar una protección más débil.

Empero, ello no implica que la garantía no exista con apoyo en el derecho interno. El art. 13, inc. 3°, CCBA dispone que “[l]a Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienden estrictamente a las siguientes reglas: [...] 3. Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

Ciertamente, ese artículo no establece en qué consiste la “doble instancia” sino que la identifica por su nombre, lo que supone remitir a la Convención. Ello haría suponer que resultaría aplicable solamente al juzgamiento de delitos —ámbito contemplado en la Convención— para la época en que, cumpliendo con la manda del art. 129, C.N., las competencias respectivas queden a cargo de las autoridades locales. Sin embargo, la cláusula transitoria duodécima, punto 5 *in fine*, dispone que “[l]a primera Legislatura de la Ciudad, dentro de los tres meses de constituida, sancionará un Código Contravencional que contenga las disposiciones de fondo en la materia y las procesales de ésta y de faltas, con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución Nacional, los instrumentos mencionados en el inc. 22 del art. 75 de la misma y en el presente texto. Sancionado dicho Código o vencido el plazo fijado, que es improrrogable, todas las normas contravencionales quedarán derogadas”.

Vale destacar en el texto transcripto que a) el código específicamente contravencional debe prever garantías procesales, b) que dichas garantías deben comprender las aseguradas por la C.N. y la CCBA así como las de los “instrumentos mencionados en el inc. 22 del art. 75”. Por cierto, la mención de estos instrumentos trasunta una voluntad de poner énfasis en las garantías contempladas en los tratados, de los cuales la CADH es el que contiene las más características. Ello así, puesto que la sola mención de la C.N., y aún su solo art. 5º en ausencia de menciones, bastaría para imponer su cumplimiento si el constituyente de nuestra Ciudad hubiera revelado menor compromiso con estas seguridades de respeto por la dignidad humana. Más aún, no parece dudoso que la generalidad de las garantías contempladas en los tratados fueron desde antiguo reconocidas por la C.N., con excepción de la garantía procesal que nos ocupa. Ésta es propia de la Convención, y en verdad vino a oponerse, en el campo de los delitos, a la inexistencia genérica del derecho a la doble instancia entre los reconocidos por la C.N. (*Fallos*, 310:122411; 318:1711 y 320:2145).

No hay duda de que si alguna razón puede justificar las menciones de la cláusula transitoria duodécima, que vengo de destacar, ella es la voluntad de rodear al supuesto contraventor de las garantías propias de un proceso en el que se dilucida si una persona ha cometido un delito. Aún así, a la luz de dicha cláusula no es ineludible la aplicación de la garantía de la doble instancia en el proceso contravencional, en tanto cabe leerla como dirigida a aplicar aquellas garantías a las que remite según el alcance que cada una de ellas tiene, es decir, que en el caso de la de la doble instancia podría suponérsela limitada al juzgamiento de delitos o, lo que es lo mismo, no incluida entre las que tutelan al contraventor.

Empero, el legislador adoptó, en el art. 3º del Cód. Contrav., una interpretación de la CCBA comprensiva de “todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los trata-

dos de derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) en los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (art. 31, C.N.) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, circunstancia que torna inequívoca la aplicación de la doble instancia al proceso contravencional, toda vez que, una vez indicado que todos los principios, derechos y garantías son aplicables en él, no hay razón con base en el texto de la Convención que justifique apartarla, pues la voluntad del legislador local prevalece en la medida en que asegura una mayor extensión de aquello que se busca resguardar.

La circunstancia de que el legislador local, en la ley 12, no haya dotado al Ministerio Público Fiscal de la facultad de apelar la sentencia de Cámara, aunque sí la de primera instancia, muestra que contempló al recurso de inconstitucionalidad como el resorte por cuyo medio quedaría preservada la garantía, toda vez que no puede verse en ese recorte de las potestades del fiscal la voluntad de evitar que el Tribunal Superior contribuyese a emitir interpretaciones acerca de la C.N. o de la CCBA, sino que la solución se acomoda a lo que fue la interpretación que la CSJN hizo de la garantía, por lo menos, hasta la causa “Girolodi” del 7/4/1995. A su vez, en la causa “Girolodi” no adoptó una interpretación de la garantía que contemplase una apelación de alcance amplio como la que aquí persigue el recurrente sino que se limitó a establecer que una vez creada la Cámara Nacional de Casación Penal era ese tribunal y no la Corte o, visto desde otra mira, el recurso de casación y no el de la ley 4055 el que surtía como herramienta para tutelar la garantía, sobre todo luego de la reforma del art. 280, CPCCN, circunstancia en base a la que la Corte justificó apartarse del criterio sentado en el precedente “Jáuregui” (*Fallos*, 311:274), en el que sostuvo que el recurso extraordinario era idóneo para dar cumplimiento al derecho al recurso.

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó el criterio con arreglo al cual sólo un recurso accesible que permita “un examen integral de la decisión recurrida”, sin que dicha revisión pueda limitarse a aspectos formales y legales, cumple con lo previsto por el art. 8.2.h. de la CADH (*in re* “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2/7/2004).

Ciertamente, las conclusiones sentadas al comenzar este examen permitirían afirmar que, sin incumplir con la Convención pudo la Ciudad brindar un alcance menor a la garantía, o más exactamente que, tal cual la contempló el legislador local, la garantía tiene el alcance que permite la ley 12. Empero, más de una razón aconseja desechar este criterio. La diferencia temporal que existía entre el antiguo Código Contravencional, ley 10, y la ley 12, tres días, podía llevar a algún interprete a la conclusión de que la Legislatura quiso recortar con la segunda las garantías contempladas en la primera. Dicha interpretación, en mi opinión, no resultaba leal hacia un legislador que tres días antes asumió que la doble instancia regía como garantía suprallegal para el juzgamiento de las contravenciones. Hoy, dicha posibilidad quedó totalmente

descartada, toda vez que la ley 1472, modificatoria de la ley 10 vino a proyectar luz, en cuanto, no sólo no desvirtúa la interpretación del antiguo art. 3º, sino que otorgó aún más énfasis a lo que fue la voluntad del legislador declarando “operativos” todos los principios, derechos y garantías, contemplados tanto por el antiguo como por el nuevo art. 3º del Cód. Contrav. Por lo expuesto, todo sugiere que el legislador no quiso recortar las garantías contempladas en el Código Contravencional, sino mantenerlas, toda vez que no confirió al fiscal la posibilidad de recurrir ante este tribunal; de modo que una primera sentencia condenatoria emitida por la segunda instancia podría ser siempre recurrida por el condenado, mientras vedó la posibilidad de obtener una primera condena ante este tribunal, al privar, como dije, de recurso al fiscal. Cuando ese sistema impugnativo fue introducido el 9 de marzo de 1998, era compatible con el derecho al recurso a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, toda vez que en “Giroldi” dicho Tribunal justificó su apartamiento del precedente “Jáuregui” en base a la sanción del art. 280, CPCCN, en el año 1990. Así, toda vez que en el orden local no existe una disposición análoga al citado art. 280, CPCCN, el recurso de inconstitucionalidad pudo razonablemente ser considerado por el legislador, a la luz del panorama jurisprudencial imperante al tiempo de sanción de la ley comentada, como suficiente remedio a los fines de la garantía. A su vez, tampoco hay razones para creer que el legislador quiso garantizar la doble instancia con un alcance menor que el que le diere el desarrollo de su aplicación por los órganos del sistema interamericano, toda vez que, para la fecha de sanción del Código Procesal Contravencional, no se registraba la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció los alcances del derecho al recurso, según dije antes, el 2/7/2004 *in re* “Herrera Ulloa”. A la luz de lo expuesto, se justifica buscar los mecanismos para que la doble instancia en el ámbito de la Ciudad tenga el alcance que la CIDH le ha atribuido, colocando a esos fines las disposiciones de la ley 12 en el lugar que el legislador quiso darles: conjunto de reglas para instrumentar un bloque de garantías entre las cuales están tanto el derecho de defensa como la de la doble instancia.

Para finalizar esta cuestión, cabe tener en cuenta que, aunque no directamente aplicables al juzgamiento de las contravenciones, las leyes 1287 del 25/3/2004, y 1330, del 13 de mayo del mismo año, suponen también un criterio de cumplimiento con la garantía de la doble instancia, esta vez en una situación, la de los delitos cuyo juzgamiento por la justicia de la CABA prevé la ley local 597 y la ley nacional 25.752, a la cual son estrictamente aplicables las cláusulas contenidas en la CADH y el PIDCP a las que me referí más arriba. En lo que aquí interesa, refuerzan el criterio sentado anteriormente, puesto que, ambas de fecha anterior al precedente “Herrera Ulloa” mantienen un mecanismo similar al de la ley 12 en materia contravencional, es decir, que puede inferirse de ellas que el legislador quiso dar en el proceso contravencional una extensión de la garantía de la doble instancia no menor que en materia de juzgamiento de delitos.

6. Ello sentado, estimo que el mecanismo procesal más adecuado para satisfacer la garantía procesal de doble instancia con el alcance que, según lo antedicho, quiso darle el legislador, es aquel que consideré adecuado en los precedentes “Alberganti” y “Martínez”, a saber encomendar a la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito que trate el recurso de la defensa.

Tal como sostuve, la preservación de la garantía solamente puede desembocar en la flexibilización de alguna norma procesal. Por una parte, la satisfacería una ampliación del espectro de cuestiones que pueden ser resueltas por el TSJ. Esta solución tiene como ventaja la de reducir la extensión máxima del proceso, lo cual supone beneficios para ambas partes. Pero, extender la competencia del Tribunal hasta abarcar cuestiones que no podría abordar supone desnaturalizarlo. Remitir a la siguiente Sala el examen de los agravios de la defensa supone hacer que una de ellas revise lo que la otra dispuso, imponiendo, para la causa, una jerarquía no prevista en la ley de organización de la justicia. Empero, esta supraordinación de un pronunciamiento de una Sala al de la otra no implica alterar su posición como órganos permanentes del Poder Judicial. A su vez, el contenido de la revisión que debe efectuar la siguiente Sala en el pleito no difiere del que debe hacer habitualmente, en ejercicio de las competencias ordinarias que le asigna la ley. Por estas razones, estimo preferible, como adelanté, la remisión a la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito.

7. Por lo expuesto y emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, voto por declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad, remitir el expediente a la Sala de la Cámara que no intervino en el pleito, y ordenar que se expida a la luz de los agravios contenidos en el presente recurso bajo el título de “exposición de los agravios de esta parte con relación a la sentencia condenatoria dictada por esa Sala II, ante la eventual revisión de la sentencia por otro tribunal”.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa del Sr. Coultas a fs. 219/231 fue correctamente concedido por la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas. El mismo fue interpuesto por escrito y debidamente fundado dentro de los diez días de notificada la resolución atacada, ante el tribunal que la dictó. Cumple por lo tanto con los recaudos formales exigidos por el art. 28 de la ley 402.

2. Respecto del agravio constitucional planteado, la situación es análoga a la resuelta en autos “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”. En efecto la defensa se agravia por la ausencia de recurso judicial idóneo para

asegurar la efectiva vigencia de la garantía del doble conforme, ante una sentencia de la Cámara que revoque una absolución y condene. En dicha oportunidad sostuve que “[l]a ley 12 faculta al Ministerio Público a recurrir por vía de apelación la decisión absolutoria del juez de primera instancia, con lo cual habilita la posibilidad de una primera sentencia de condena en Cámara. En esta situación el condenado está privado de recurrir ante un tribunal de mérito, porque el sistema procesal contravencional (ley 12), no prevé un recurso ordinario o amplio ante otro órgano judicial para impugnar la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, el recurso de inconstitucional ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 53 de la ley 12 y art. 27 de la ley 402). es el único camino para la defensa. Como se ve, la estructura diseñada por la ley procesal contravencional, genera, en un caso como el de autos, la afectación a la *garantía de la defensa en juicio* y al *principio del doble conforme*. Y sólo por este agravio es parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad”.

3. La resolución que concede el recurso, por las circunstancias de la causa que motivaron su interposición, debe quedar limitada al agravio indicado en el párrafo anterior, porque únicamente en relación con la *garantía de la defensa en juicio* y al *principio del doble conforme* la sentencia recurrida debe tenerse por definitiva.

El carácter represivo del derecho contravencional y la disposición contenida en el art. 13, inc. 3º, CCBA determinan el derecho del condenado a exigir una revisión amplia de la sentencia de Cámara. En forma adecuada la defensa apoya su argumentación en los arts. 10 y 13, inc. 3º, CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; art. 8º, inc. 2º, h, CADH; y art. 14, inc. 5º, del PIDCP. Y, en el mismo sentido, he de mencionar los considerandos 157/168 del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

4. Dado que mi colega Julio B. J. Maier funda su voto en esta causa haciendo referencia al voto que emitiera en “Prescava”, y a la circunstancia de que en el expte. mencionado adherí a su opinión, debo aclarar que entiendo que no son situaciones equiparables. En esta oportunidad, el único agravio que plantea el recurrente no es eventual, sino que ya se encuentra configurado toda vez que ha sido condenado por la Cámara y carece de remedio legal que le asegure la revisión de la sentencia. En atención a que la CCBA no establece ninguna excepción a las garantías del proceso penal en función de la envergadura de la pena impuesta estimo que no corresponde negar en el caso la garantía del doble conforme.

5. Por lo expuesto, voto por declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la violación de la garantía de la doble instancia, y remitir el expediente a la Sala de la Cámara que no intervino en el pleito para que intervenga conforme a lo estipulado.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad de fs. 219/231.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se devuelva a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

XC

“ZIEGLER DE ARCURI, ANA MARÍA C/OSCBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO” Y SU ACUMULADO, EXPTE. Nº 4303/05 “OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘ZIEGLER DE ARCURI, ANA MARÍA C/OSCBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS) S/AMPARO (ART. 14, CCBA)’”

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires. Derecho de elección. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4374/05 - 6/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Ana María Ziegler de Arcuri —dependiente del GCBA— interpuso demanda de amparo contra la OSCBA para ejercer la libertad de elección de la obra social (art. 37, ley 472). La parte demandada solicitó su rechazo.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción (fs. 186/189) y dispuso “que en el plazo perentorio de quince días (...) cumpla en forma íntegra e incondicionada con las prescripciones del art. 37 de la ley local 472, arbitrando todos los medios jurídico-político-administrativos que resulten menester para tal cometido (...) Ello, bajo apercibimiento de aplicar por cada día de

mora en el cumplimiento una multa diaria sobre el ingreso personal de cada uno de los miembros de ese directorio de pesos quinientos...”.

La sentencia fue apelada por la demandada. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de primera instancia.

2. La OSCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia de Cámara, por las razones que expresa a fs. 272/335. Del recurso se dio traslado a la parte actora, quien se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 338/339).

A fs. 341/342 la Sala I resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. La demandada, a fs. 537/554 vta.), interpuso recurso de queja contra la denegatoria parcial.

3. El fiscal general adjunto dictaminó a favor de la parte recurrente, En consecuencia, se pronunció a favor de que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad y se revoque la sentencia apelada (fs. 559/564).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUÍZ dijeron:

1. La cuestión planteada en estos autos, resulta sustancialmente análoga a las resueltas por este Tribunal en los casos: “Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3080/04, sentencia del 20/10/2004; “Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3544/04, y su acumulado “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo’”, expte. n° 3539/04, sentencia del 27/4/2005; “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lista Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo’”, expte. n° 4160/05, sentencia del 22/2/2006; “Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art.14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado, expte. n° 4268/05, “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Di Cuffa, Edda c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4274/05, sentencia del 29/3/2006. En ellos, con los matices propios de cada caso —en cuanto a qué vía procesal (recurso o queja) habilitaba la intervención del Tribunal— se rechazaron todos los planteos constitucionales que efectuó la parte demandada.

2. Con la salvedad indicada, los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos en los autos “Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art.14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado, expte. n° 4268/05 “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Di Cuffa, Edda c/OSCBA

s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 4274/05, —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sentencia— son incorporados mediante el agregado a este expediente de copia de esa decisión.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por OSCBA, con costas a la vencida.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia de fecha 29/3/2006, dictada por el Tribunal en los autos “Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art.14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado, expte. n° 4268/05 “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Di Cuffa, Edda c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 4274/05.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva.

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

XCI

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 2— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MORENO, RODRIGO FÉLIX S/INF. ART. 56,
CÓD. CONTRAV. —APELACIÓN”

**RECURSO DE QUEJA. RECURSO EXTRAORDINARIO
FEDERAL. Admisibilidad. Derecho de defensa en juicio.
Arbitrariedad. Garantía de la doble instancia**

Expte. n° 4302/05 - 6/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensora general adjunta en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal

(fs. 94/107) contra la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 5/4/2006 que, por mayoría, dispuso rechazar el recurso de queja de fs. 44/60.

La recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal en virtud de los siguientes agravios: 1) la afectación del derecho de defensa en juicio porque se trataría de una sentencia arbitraria conformada por una mayoría aparente (art. 18 C.N.; art. 13.3 CCBA); y 2) vulneración de la garantía constitucional del doble conforme o derecho a revisión de la condena mediante recurso amplio (art. 18, C.N.; art. 8.2.h, CADH y art. 14.5, PIDCP; y arts. 10 y 13.3, CCBA).

2. El fiscal general adjunto solicitó que se declare inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto (fs. 110/112 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la señora defensora general adjunta a fs. 94/107 cumple con los requisitos formales exigidos, ya que ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48).

2. Con relación al primero de los agravios, referido a la supuesta arbitrariedad de sentencia por estar basada en una mayoría aparente, el recurso no es admisible. Tal como ha sido planteada la cuestión por la defensa, no es factible advertir de qué manera se presenta en el caso una cuestión federal. La carencia argumentativa del recurso en este punto no es pasible de ser suplida por las referencias jurisprudenciales del máximo tribunal que la defensa alega a su favor.

3. Respecto del segundo de los agravios entiendo que el recurso es admisible ya que el recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite al derecho a obtener un recurso amplio de apelación de la primera sentencia condenatoria (doble conforme). En efecto, tal como sostuve en los fundamentos que desarrollé al momento de emitir mi voto en el recurso de inconstitucionalidad “el carácter represivo del derecho contravencional y la disposición contenida en el art. 13, inc. 3º, CCBA determinan el derecho del condenado a exigir una revisión amplia de la sentencia de Cámara. En forma adecuada la defensa apoya su argumentación en los arts. 10 y 13, inc. 3º, CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; art. 8º, inc. 2º, h, CADH; y art. 14, inc. 5º del PIDCP. Y, en el mismo sentido, he de mencionar los considerandos 157/168 del fallo de la Corte Interamericana en el caso ‘Herrera Ulloa vs. Costa Rica’”.

4. Por lo expuesto considero que corresponde declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario federal planteado por la señora defensora general adjunta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El agravio principal de la recurrente, referido a la mera *apariencia* de una mayoría en el fallo del Tribunal, no constituye un motivo del recurso extraordinario (*arbitrariedad*). Es posible verificar sentencias que coinciden en el dispositivo conforme a motivos diferentes. A sólo título de ejemplo, a una absolución penal se puede llegar por la vía de considerar que la acción descrita no se adecua a una prohibición amenazada bajo pena, o porque, a pesar de que la acción es adecuada a una prohibición de la ley penal, ella está justificada (agresión de la víctima: defensa legítima, o estado de necesidad). Asimismo, es posible arribar a idéntica solución porque el autor no tuvo conciencia de la criminalidad de su acto (carencia de culpabilidad), o bien, sencillamente, porque por alguna razón especial (parentesco) el acto no resulta punible. Si así se delibera y cada uno de los votos está bien fundado en sí mismo, aunque procedan de fundamentos diferentes, la decisión es válida, de la misma manera que sería válida la decisión de un jurado por unanimidad, a pesar de que cada uno de ellos arribe a la absolución por diferentes motivos. Por lo demás, con prescindencia del acierto o desacierto de la solución del caso concreto en el recurso analizado por este Tribunal —sobre lo cual yo ya me he expedido en minoría—, cada uno de los jueces ha expresado con claridad las razones que sostiene para no atender la presentación de los recurrentes. Según lo expresado, entonces, el recurso extraordinario federal no procede por este motivo.

2. Ya he explicado que, según mi opinión, el condenado tiene derecho a un segundo examen de la sentencia de condena en el caso, por razones de orden federal y constitucional (conf. arts. 18 y 75, inc. 22, C.N. y arts. 8º, inc. 2º, *h*, CADH y 14, inc. 5º, PIDCP). De tal manera, no puedo menos que conceder el recurso por esta invocación de la recurrente en favor del imputado, por idéntica razón. Quiero aclarar que, en el caso, se trata de una pena limitativa de la libertad y que el ordenamiento contravencional de la Ciudad ha sido concebido ostensiblemente según los cánones básicos del derecho penal y, por ello, ha dejado de lado al derecho administrativo sancionatorio, según explico en la propia decisión impugnada. Digo ello, pues parece excesivo que, frente a las convenciones internacionales y a su admisión constitucional federal, también integre el derecho a la *doble conformidad* un derecho contravencional concebido, antes bien, como derecho de faltas, esto es, como derecho administrativo sancionatorio, con penas que no sean restrictivas de la libertad personal.

3. Por lo demás, el mantener la queja sobre la base del agravio relativo a la posible lesión de los principios de *legalidad* y *lesividad*, de modo meramente eventual, contra una decisión que sólo importa desestimar aquella que versa sobre un recurso de inconstitucionalidad local, carece de importancia aún para el propio recurrente (esto es, resulta insustancial).

4. De tal manera, los fundamentos expresados hasta aquí me permiten concluir que el recurso de apelación federal ante la CSJN debe ser concedido bajo el aspecto señalado en el punto 2 de este voto, con lo cual mi solución resulta similar a la propuesta por la señora jueza de trámite.

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

1. El recurso extraordinario federal deducido por la defensora no puede ser admitido.

La recurrente sostiene en él que la sentencia dictada por el Tribunal resulta arbitraria por configurarse mediante una mayoría aparente. Ello sería así porque, por una parte, los votos de los jueces que formamos la mayoría son autocontradictorios y, a su vez, contradictorios entre sí. A ello agrega, que se ha violado su derecho a obtener una revisión amplia de la condena, privando al encarado de un pronunciamiento con carácter de “sentencia definitiva” con relación a sus agravios: violación de los principios constitucionales de lesividad y legalidad.

2. No podemos expedirnos en cuanto a la *arbitrariedad* de nuestros votos. Respecto al conflicto lógico entre ellos, es doctrina de la CSJN aquella según la cual el modo de emitir el voto en los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de la sentencia son materia extraña a la apelación del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 265:300; 273:289; 304:154; 307:1068), a la que solo corresponde hacer excepción cuando no ha existido una mayoría real entre los integrantes del tribunal que sustente las conclusiones que deciden su sentencia (*Fallos*, 233:111; 237:23; 302:320; 305:2218; 311:937). Así las cosas, el recurso extraordinario no cumple con el requisito de ser fundado, pues la apelante muestra que los votos contienen fundamentos diversos, pero no que no puedan ser acumulados sin que se destruyan unos a otros. Los tres jueces que formamos la mayoría entendimos que —tal como fueron formulados los planteos— la queja resultaba suficiente para examinar los agravios. En efecto, afirmar que la garantía de la *doble instancia* (art. 8.2.h del CADH y 14.5 del PIDCP) no resulta aplicable para las contravenciones (conf. los votos de los Dres. Conde y Casás) no exime de tratar los restantes puntos cuando, por su índole, suscitan la competencia del Tribunal, ni colide con la afirmación según la cual el recurso ante esta instancia es suficiente resguardo de aquella garantía aplicada a la materia (conf. el voto del Dr. Lozano). Ello así, aunque no haya tenido éxito por carecer esos planteos defensivos de relación directa con lo resuelto por el *a quo*. En tales condiciones, la recurrente no demuestra que los votos padezcan una contradicción tal que impida sustentar el pronunciamiento al que se arribó, máxime, cuando la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, entre otros).

3. La garantía de la *doble instancia* no resulta una garantía autónoma, sino que la revisión que debiera resguardarse está inescindiblemente relacionada con los planteos esgrimidos por la parte. Consecuentemente, y al haber introducido agravios referidos a violaciones constitucionales, el recurso ante esta instancia fue suficiente para tratarlos. Por ello, el mentado planteo resulta abstracto.

4. El agravio referido a la violación de los principios de legalidad y lesividad es análogo al expuesto en el recurso de queja. Esta presentación fue rechazada porque el Tribunal entendió que los agravios del recurrente carecían de relación directa con lo resuelto por la Cámara sin demostrarse cómo, en este caso, tales principios constitucionales se vieron afectados.

Finalmente, el recurso articulado ante esta instancia, carecía de los planteos referidos a cuestiones de hecho y prueba, de los que ahora intenta valerse, por lo que corresponde denegarlo tanto por lo tardío del planteo como por la naturaleza ajena a los supuestos del art. 14 de la ley 48.

Por lo expuesto, votamos por denegar el presente recurso extraordinario.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 94/107.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 86 punto 3.

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

XCH

“TISSOT, MARTA S/INF. ART. 83, CÓD. CONTRAV., LEY 1472
—APELACIÓN— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4411/05,
“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA
OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 3—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘TISSOT, MARTA S/INF. ART. 83 CÓD. CONTRAV.,
LEY 1472 —APELACIÓN’”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO DE QUEJA:
Venta ambulante. Arbitrariedad. Principio de inocencia. Garantía
de la doble instancia. Inconstitucionalidad. Proceso
contravencional. Cuestión constitucional. Principio de *ne bis in idem*

Expte. nº 4382/05 - 6/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Marta Tissot interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 165/184) contra la decisión de fecha 9/9/2005 (fs. 135/141 vta.) por la cual la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional revocó la sentencia absolutoria dictada en la instancia anterior y, en consecuencia, condenó a la imputada a la pena de multa por la suma de doscientos pesos (\$ 200) por encontrarla autora responsable de venta en la vía pública sin autorización.

2. En el recurso de inconstitucionalidad el señor defensor oficial planteó los siguientes agravios: 1) inconstitucionalidad de la interpretación del art. 50 L.P.C. realizada por la Cámara; 2) arbitrariedad de sentencia (fs. 174 y ss.); y 3) afectación del principio de inocencia (fs. 182 vta.).

3. La Cámara rechazó el agravio referido a la inconstitucionalidad de la interpretación del art. 50, L.P.C. y declaró la procedencia formal del recurso con relación a los restantes agravios a fin de asegurar la revisión de la primera sentencia condenatoria. Como fundamento de su decisión, los señores camaristas señalaron que “sin perjuicio de que el recurrente dice que los casos de arbitrariedad señalados conforman un verdadero caso constitucional, al inicio lo que propugna, en verdad, es precisamente la laxitud del ámbito del recurso como vía adecuada para obtener la revisión de la condena y sobre tal razón fundamenta la razón por la que debe ser concedido” (fs. 210 vta.).

4. El fiscal general adjunto solicitó que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad por entender que “los jueces intervinientes modificaron el alcance del segundo agravio —que giraba en torno a la tacha de arbitrariedad de la sentencia condenatoria—, para sostener que, en realidad, lo que intentaba el defensor era obtener una revisión amplia de la primera decisión” (fs. 305/306 vta.).

5. Respecto del agravio referido a la tacha de inconstitucionalidad del art. 50 L.P.C., que fuera rechazado por la Cámara, la defensa de Marta Tissot interpuso recurso de queja (fs. 94/115, expte. n° 4411).

6. A fs. 110 del recurso de queja, la Defensa se agravia por entender que “la concesión parcial del recurso, motivo de su estudio por separado, configura un agravio... en la medida en que deniega la posibilidad del doble conforme”. Agrega a fs. 114 que “la denegatoria parcial del recurso, y un eventual rechazo por el Tribunal Superior no haría más que agravar la situación de mi defendida”.

7. El señor fiscal general adjunto en su dictamen de fs. 120 (expte. n° 4411) propicia el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa de la Sra. Tissot a fs. 94/115 del expte. n° 4411 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402).

El mismo contiene una crítica acertada de la resolución que le denegara el recurso de inconstitucionalidad y por lo tanto debe ser admitido. En efecto asiste razón a la defensa cuando afirma que la Cámara ha soslayado que en el recurso de inconstitucionalidad se “ha planteado en forma enlazada la afectación a la garantía de la doble instancia con la habilitación del recurso fiscal” (fs. 110 vta., expte. n° 4411).

2. Respecto de uno de los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad, la situación es análoga a la resuelta en autos “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68 Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”.

En efecto, ante una sentencia de la Cámara que revocó la absolución dictada en primera instancia, la defensa carece de un recurso judicial idóneo para asegurar la efectiva vigencia de la garantía del doble conforme.

La Sala II entendió la cuestión de manera similar y por ello afirmó al momento de resolver la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad que “en consonancia con lo señalado anteriormente en el sentido de que todas estas críticas dependen de un contexto particular, cabe considerarlas como dependientes de la pretensión de obtener una revisión amplia de la primera decisión adversa a los intereses de la parte. En otras palabras, la interposición del recurso de inconstitucionalidad persigue, en este punto, viabilizar el restablecimiento de la garantía del doble conforme” (fs. 210).

Al resolver la causa “Alberganti” citada precedentemente, sostuve que “[l]a ley 12 faculta al Ministerio Público a recurrir por vía de apelación la decisión absolutoria del juez de primera instancia, con lo cual habilita la posibilidad de una primera sentencia de condena en Cámara. En esta situación el condenado está privado de recurrir ante un tribunal de mérito, porque el sistema procesal contravencional (ley 12), no prevé un recurso ordinario o amplio ante otro órgano judicial para impugnar la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 53 de la ley 12 y art. 27 de la ley 402) es el único camino para la defensa. Como se ve, la estructura diseñada por la ley procesal contravencional, genera, en un caso como el de autos, la afectación a la *garantía de la defensa en juicio y al principio del doble conforme*”.

Por lo tanto, el carácter represivo del derecho contravencional y la disposición contenida en el art. 13, inc. 3°, CCBA determinan el derecho del condenado a exigir una revisión amplia de la sentencia de Cámara (arts. 10 y 13, inc. 3°, CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; art. 8°, inc. 2°, h, CADH; y art. 14, inc. 5°, del PIDCP). En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los considerandos 157/168 del fallo “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

3. El Tribunal, en virtud de las circunstancias de la causa que motivaron la interposición del recurso de inconstitucionalidad, debe limitar su interven-

ción a la cuestión indicada en el párrafo anterior, porque únicamente en relación con la *garantía de la defensa en juicio* y el *principio del doble conforme* la sentencia recurrida debe tenerse por definitiva.

4. Voto en consecuencia por declarar parcialmente procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 165/184 con respecto a la lesión a la garantía de la doble instancia; y ordenar la remisión del expediente a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que jueces diferentes a los que ya intervinieron en este proceso resuelvan como tribunal de mérito (apelación) los agravios del recurrente que no fueron tratados por el Tribunal.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, manteniendo, en cuanto a las razones por las que considero aplicable la garantía del doble conforme al caso, los matices que surgen de mi voto *in re* “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3910/05), resolución del 5/8/2005.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Más allá de toda cuestión teórica —mejor dicho para el caso, semántica— el recurso de inconstitucionalidad presentado abarca, principalmente, dos aspectos. Por una parte, él hace hincapié en el art. 50, L.P.C., que permite al acusador el recurso de apelación ante la Cámara, de modo tal que una sentencia absolutoria puede ser trasformada en una de condena, sobre la base del recurso acusatorio, aspecto que lesiona, por un lado, la prohibición de la múltiple persecución penal y, por el otro, la necesidad de un recurso contra la sentencia condenatoria, a favor del condenado, pues la condena a la que se arribó es, tan sólo, la *primera condena* (lesión de la *doble conformidad*). Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad denuncia un caso de *arbitrariedad* —palabra que se utiliza muy próxima a la menos usual en el ámbito de esta Ciudad: *agravio*— y, en ese orden, comprende múltiples quejas con relación a los hechos considerados establecidos por la sentencia de condena y al derecho aplicado en ella, pero también una queja con relación al procedimiento llevado a cabo que comprende la falta de un debate que soporte la sentencia de condena y, especialmente, la ausencia de la imputada en ese debate, de modo que la Cámara condenó sin conocerla, en oposición al art. 41, C.P. Un tercer agravio se sitúa en el recurso bajo el rubro *principio de inocencia*, pero él sólo consiste en una mera discrepancia del recurrente sobre la valoración de la prueba efectuada por la Sala actuante.

2. Con cierta libertad de vocabulario, la Cámara estimó que los agravios citados se referían principalmente a la carencia de un recurso contra la sentencia (doble conformidad) y concedió el recurso sólo por esta razón normativa, que estima constitucional, y rechazó el recurso respectivo —entonces, tan sólo parcialmente— en cuanto se refería a la lesión constitucional genérica,

sustentada en la L.P.C., cuando ésta concedía un recurso contra la sentencia absolutoria de primera instancia al Ministerio Público Fiscal.

En verdad, la decisión de la Cámara, con ser lingüísticamente correcta, no resulta materialmente ajustada a los agravios expuestos por el recurrente. Esto quiere decir que existen tramos del recurso en los cuales el punto de incidencia tiene el acento puesto en la interpretación de la ley contravencional y procesal contravencional y en la valoración de la prueba. Estos aspectos del recurso son los que permiten su rechazo parcial y yo no entraré a considerarlos, porque, según múltiple jurisprudencia de este mismo Tribunal, no es tarea que a él le corresponda conforme al recurso establecido por los arts. 27 y ss. de la ley 402. Éstas no son cuestiones constitucionales, sino específicas del tribunal de mérito, y, por tanto, no pueden provocar la competencia del Tribunal. Como se verá con más extensión posteriormente, de este capítulo denominado arbitrariedad sólo rescato la ausencia de la imputada en el juicio que culminó con su condena, ausencia que implica el desconocimiento total del tribunal que condena acerca de la persona condenada. De este modo, en este aspecto, no coincido con el tribunal de mérito que ha aceptado todo el capítulo sobre arbitrariedad, interpretándolo a su modo, sino que tan sólo recojo el aspecto señalado como posible lesión constitucional (esto es, el hecho de que la Cámara condenó a la Sra. Tissot sin conocerla). En términos académicos debería decir que el recurso fue parcialmente mal concedido por la Cámara en cuanto contiene a todo este capítulo y a la presunta lesión del principio de inocencia, ambas cuestiones interpretadas a su modo.

Por lo demás, parece que la Cámara aceptó con razón el cuestionamiento constitucional referido al procedimiento, en tanto él no le confiere al recurrente un recurso amplio contra la condena cuando a ella se arriba por intermedio de un recurso acusatorio contra una sentencia absolutoria (doble conformidad). Pero, sin embargo, reputa que no existe agravio constitucional alguno en la concesión por la ley de un recurso al Ministerio Público Fiscal cuando la sentencia es absolutoria (*ne bis in idem*). En este aspecto de la cuestión yo debería decir que el rechazo del recurso es injusto, por las razones que más extensamente describiré al dar la solución del caso. De esta manera, yo debería aceptar la concesión parcial de la Cámara y hacer lugar a la queja del recurrente sobre el otro aspecto que presenta el fallo. Esto último, según lo explicaré, resulta innecesario porque, de todos modos, el fallo de la Cámara deviene erróneo por un motivo más primitivo y básico que aquél, y es sostenido por el recurrente en la parte ya admitida del recurso por la Cámara.

3. Según se observa, yo también advierto que existen partes del recurso de inconstitucionalidad que no admiten la posibilidad de abrir la instancia (cuestiones de interpretación de la ley común —infraconstitucional— y cuestiones de hecho y valoración de la prueba: entre otros, supuesta lesión al principio de inocencia) y también afirmo que, en cambio, existen partes del recur-

so de inconstitucionalidad que deben ser tratadas por el Tribunal porque enserrian verdaderas cuestiones constitucionales. Las palabras con las cuales designamos a unas y a otras partes del recurso no parecen importantes (disputas o interpretaciones semánticas); lo importante es el significado material de los agravios puestos en juicio por el recurrente que, a mi juicio, contienen casos constitucionales concretos relativos a una sentencia definitiva. A esos agravios voy a referirme en lo que sigue, en puntos sucesivos.

4. Al haber recurrido el fiscal la sentencia absolutoria, la persona recurrida o sus abogados pudieron reclamar un nuevo debate y ofrecer prueba para él, en abono de la absolución dictada por el juez de primera instancia, acción que no cumplieron y que, por lo tanto, no pueden reclamar ahora (conf. punto 3 de mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, Mauricio Héctor s/art. 47 del Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3943/05, resolución del 29/6/2005: interpretación de la ley contravencional). Tampoco el acusador requirió debate alguno, de modo tal que ambas partes consintieron un control meramente casatorio ante la Cámara. Pese a ello, es cierto que el organismo que condena, la Sala II de la Cámara Contravencional, en momento alguno tuvo frente a sí a la acusada e impuso una condena, y la pena que es su consecuencia, a una persona que, al menos para esos jueces, es absolutamente desconocida (conf. punto 7.2.2 del recurso de inconstitucionalidad). A mi juicio éste es el meollo de una lesión constitucional primaria, al menos del art. 75, inc. 12, C.N., cuando ordena establecer el *juicio público* en materia penal, verdadera cláusula de garantía del acusado (conf. también, C.N., 24 y 118). No es que yo crea que esta garantía sea necesariamente exigible en materia contravencional sino que, en primer lugar, la propia CCBA, art. 13, inc. 3°, que conoce la competencia de legislación contravencional de la Ciudad, repite esta exigencia (“inmediatez”, defensa en juicio) y, además, la L.P.C. —reglamentaria en este aspecto de la Constitución—, consecuentemente, ha ratificado estos principios al imponer la asistencia del acusado como condición de la sentencia de condena (L.P.C., 46). Nótese que el C.P., 41, exige que los jueces que condenen conozcan personalmente al acusado. Sin querer relatar la historia de este precepto, lo cierto es que él constituía una prevención mínima relativa al derecho de defensa y a la exigencia de un juicio público en asuntos penales. Yo opino que en materia contravencional pudo prescindirse de la presencia real del imputado en el juicio, en tanto, como sucede en algunos códigos provinciales para los delitos de acción privada, se permitiera la expresión de voluntad del acusado en ese sentido mediante el apoderamiento de un procurador, generalmente de su abogado. Pero lo cierto es que la L.P.C. y el CPPN (aplicable supletoriamente: L.P.C., 6°) no recurrieron a este mecanismo, prohibieron el juicio en rebeldía, y que, en el caso, ni siquiera ese mecanismo ha sido utilizado por parte de la

acusada. Para advertir lo serio del problema basta pensar que podríamos estar condenando a una persona inexistente (ya fallecida, por ejemplo).

Creo explicado, entonces, el motivo por el cual la sentencia de Cámara contiene un vicio constitucional evidente, razón por la cual ella adeuda una de las condiciones que merece un juicio de condena.

5. En otro orden, resulta patente: *a)* que ésta es la primera condena que sufriría la condenada; y *b)* que la L.P.C. no le concede un recurso suficiente contra esta primera condena, pues la discusión de aspectos constitucionales que podría extraerse de un caso no lo constituye o, al menos, no toca los aspectos esenciales de una condena. He allí la base de la razón evidente tanto del recurrente cuanto de la Cámara que le concedió el recurso. Frente a esta lesión de reglas admitidas como constitucionales, al menos en el derecho penal (C.N., 75, inc. 22, CADH, 8º, 2º, h, y PIDCP, 14, 5), caben dos soluciones: *a)* la más sencilla, pero menos perfecta, que consiste en conceder un nuevo recurso para estos casos —cuando la condena procede de la revocación de una sentencia absolutoria—, por ejemplo, ante otros jueces u otra Sala de la misma Cámara (conf. mis votos en las causas “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sama, Javier Fernando s/inf. art. 56, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3892/05, resolución del 5/8/2005, “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910/05, sentencia del 5/8/2005 y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 4302/05, resolución del 5/4/2006; sentencias en las que opté por esa solución como consecuencia de los agravios puntuales introducidos por la defensa); y *b)* la que indica el recurrente, en el sentido de tomarse en serio la prohibición de la múltiple persecución penal por parte del acusador que ha perdido el juicio y, no obstante, la ley le da una nueva oportunidad para lograr la condena. Estimo que es pública mi adhesión a esta segunda solución (conf. mi exposición en *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, 2ª ed., parág. 6, E, 4, pp. 632 y ss.). Y estimo también que anteriores sentencias dictadas por este Tribunal aclaran, en mi voto, que las garantías penales no deben exigirse siempre, razonablemente, en materia contravencional, salvo que ella esté legislada, como en el caso, a semejanza de un sistema penal y con consecuencias graves, como la privación o restricción de la libertad ambulatoria, de tal manera, *obiter dictum*, yo toleraría un sistema administrativo sancionatorio sin exagerar la aplicación de estas garantías.

En el caso concreto que tratamos, no tiene mayor sentido que me pronuncie sobre estas dos posibilidades, pues, al haber postulado el recurrente la anulación de la sentencia por el defecto expuesto en el punto anterior, de

todos modos caerá la condena y, eventualmente, habrá un nuevo juicio, en el cual quien ahora recurre podrá plantear su posición con arreglo a ciertos efectos y a ciertos parámetros de relevancia. En este sentido, mi solución del caso conforme al recurso es idéntica, en cuanto a sus efectos prácticos, a la propuesta por la señora jueza de trámite, en tanto ambos disponemos un nuevo tratamiento del recurso de apelación oportunamente interpuesto por la Fiscalía, en un juicio renovado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 165/184 (expte. n° 4382), tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto, Dr. Luis J. Cevasco, fue incorrectamente concedido por la Cámara en la parte que se consideró pertinente (conf. dictamen obrante a fs. 305/307).

La defensa planteó el recurso sobre la base de dos agravios: *a)* la inconstitucionalidad del art. 50 de la ley 12, en cuanto reconoce al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de interponer recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia absolutoria; y *b)* la arbitrariedad de la sentencia.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas denegó el recurso en punto al planteo de inconstitucionalidad del art. 50, L.P.C. y lo concedió parcialmente por los agravios agrupados por la recurrente bajo la calificación de “arbitrariedad del decisorio recurrido” (fs. 207/210 vta.).

Pero, para conceder parcialmente el recurso intentado, la alzada, en mi concepto, modificó el alcance del mismo. Coincidió en este sentido con lo afirmado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen: la cuestión del doble conforme no fue correctamente introducida por la defensa al criticar la sentencia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (fs. 305 vta.). En efecto, la interesada descalifica la decisión de la Cámara con apoyo en la apuntada creación pretoriana de la CSJN y afirma, concretamente, que se ha lesionado su derecho de defensa y el debido proceso. Para respaldar su conclusión, la defensa destaca: *a)* la falta de remisión de los efectos secuestrados a la Cámara; *b)* la falta de intermediación con la imputada (en oposición a lo dispuesto en el art. 41, C.P. de aplicación supletoria); *c)* la errónea apreciación de la prueba; y *d)* la infundada interpretación del art. 83, Cód. Contrav. en punto a lo que se ha entendido por “mera subsistencia” y por “competencia desleal”. También hace alusión a una afectación al principio de inocencia, aunque de manera totalmente infundada.

Este Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (TSJ *in re* “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss.).

Ninguno de los agravios que componen la crítica a la sentencia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad logran demostrar la alegada existencia

de un caso constitucional por afectación al debido proceso o a la defensa en juicio. La mayoría de las objeciones por este motivo se traducen en simples discrepancias acerca de la interpretación del art. 83, Cód. Contrav. y de la valoración de cuestiones de hecho y prueba (conf. dictamen del señor fiscal general adjunto, en especial fs. 306/306 vta., al que me remito en homenaje a la brevedad).

El tema relativo a la alegada falta de intermediación, tal como ha sido planteado, en mi opinión, tampoco logra configurar una cuestión constitucional con apoyo en el art. 13.3, CCBA. En efecto, los agravios que presenta el recurso, en tanto se persigue la aplicación al caso del art. 41 C.P., en un supuesto como el que nos ocupa, remite a una cuestión que reside en el plano infraconstitucional. La ley 12 exige las audiencias ante el fiscal y ante el juez de primera instancia (arts. 41 y 46), pero no ha establecido una previsión semejante cuando la causa arriba a la segunda instancia. Al regular el trámite de la apelación se dispone que “(l)a Cámara pone las actuaciones a disposición de las partes por un término de cinco días y notifica el proveído. En ese plazo la parte que no apeló puede contestar por escrito los agravios del apelante. La Cámara resuelve el recurso. Si procede la nulidad de la sentencia apelada, dicta nueva sentencia con arreglo a derecho” (art. 51). El art. 41 C.P. complementa al art. 40 C.P. y expresa que, a los efectos de fijar la pena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso, “(e)l juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto... en la medida requerida para cada caso”. De manera que, aún si se admitiera la aplicación supletoria de este precepto, estimo que la recurrente debería al menos haberlo confrontado con lo ocurrido en el caso concreto, en el cual se ha celebrado la audiencia de juicio del art. 46 L.P.C. (fs. 83/96) y la Cámara ha determinado la pena, pura y exclusivamente, sobre la base de observaciones y elementos obrantes en el expediente que no merecieron cuestionamiento alguno (*vgr.* informe socio-ambiental citado por la Cámara a fs. 141). También debería haberse tenido en cuenta que, en definitiva, la Cámara, al momento de graduar la pena —aspecto que cobra relevancia en punto a la intermediación— ha aplicado el mínimo de la sanción de multa (\$ 200) y decretado el comiso de la mercadería en cumplimiento de la exigencia que, al menos como regla general, impone el art. 35, Cód. Contrav., todo ello con estricto apego a lo solicitado en la audiencia de juicio por el Ministerio Público Fiscal (conf. fs. 86 y 141).

Por lo tanto, considero que no se han acreditado motivos que permitan concluir que una nueva audiencia en Cámara en los términos del art. 41, C.P. resultaba necesaria para garantizar el derecho de defensa en juicio de la imputada, sin perjuicio de destacar que nada impedía a la interesada solicitarla oportunamente si algo deseaba demostrar con ella.

2. En el recurso de queja (expte. n° 4411), al sostener el segmento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente denegado por el tribunal *a quo*,

la defensa afirma que, si en un juicio contravencional la sentencia de condena es dictada por la Cámara, a instancias de un recurso de apelación del Ministerio Público Fiscal interpuesto contra la decisión absolutoria recaída en primera instancia, el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27 de la ley 402 no sería idóneo para satisfacer el “derecho al recurso” en cabeza del justiciable —debido a que no permitiría una revisión amplia de esa primera decisión adversa, con menoscabo de la garantía de la doble instancia.

El agravio básico del recurrente se construye alrededor de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 50, L.P.C. y se encuentra orientado a demostrar que el precepto citado —al permitir el recurso de apelación del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia absolutoria de la primera instancia— violenta las garantías de imparcialidad y duración razonable del proceso, la prohibición de *reformatio in peius* y la regla conocida como *ne bis in idem* (según la síntesis consignada por la defensa en su recurso de inconstitucionalidad, a fs. 173 *in fine* de los autos principales).

En el recurso se parte de una genérica equiparación entre derecho contravencional y derecho penal que no se fundamenta siquiera en forma mínima. Sobre este tema, en causas similares, ya he expresado que la alusión genérica al art. 13.3 de la Constitución local no puede interpretarse como una argumentación idónea para sustentar un caso constitucional como el que se propone (conf. mis votos *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 4302/05, sentencia del 5/4/2006; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Martínez, Horacio Daniel s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3988, sentencia del 3/10/2005; “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sama, Javier Fernando s/inf. art. 56, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3892, sentencia del 5/8/2005; “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910, sentencia del 5/8/2005; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 1509, sentencia del 23/10/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 521 y ss.). Con relación a este agravio, además, es claro que la recurrente no ha rebatido de manera concreta los argumentos que brindó el tribunal *a quo* para rechazar su planteo con apoyo en lo dispuesto por los arts. 50 y 6° de la ley 12 y 432 del CPPN (fs. 136, expte. n° 4328). Este motivo es suficiente para decidir el rechazo del recurso (véase doctrina de la CSJN para el recurso extraordinario federal en *Fallos*, 283:404; 302:155 y 311:169, 542, entre muchos otros).

3. En definitiva, no se ha acreditado que las herramientas de impugnación que el justiciable tuvo a su alcance —según el diseño de la L.P.C. y, en particular, el recurso de inconstitucionalidad para ante el Tribunal Superior de Justicia— hayan resultado inapropiadas o ineficaces para dirimir las cuestiones pretendidamente constitucionales que lo agravian —afectación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio por la alegada arbitrariedad de la sentencia objeto de reproche y menoscabo del “derecho al recurso” por no haberse atendido de manera favorable su planteo de inconstitucionalidad del art. 50, L.P.C.— (conf. mi voto *in re* “Ábalos”, ya citado y el dictamen del señor fiscal general, Dr. José Luis Mandalunis, emitido en dicha causa con fecha 20/6/2002, al que me remití en lo pertinente).

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y rechazar la queja deducida. La integración del depósito que demanda la queja vencida queda supeditada al resultado del beneficio de litigar sin gastos oportunamente iniciado, según se denuncia a fs. 114 del expte. n° 4411 (conf. mis fundamentos en la causa “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Feng Chen Chih s/art. 40, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2212, sentencia del 11/6/2003).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad satisface los requisitos formales de admisibilidad, en tanto fue interpuesto contra una sentencia definitiva, mediante escrito fundado, dentro del plazo legal y ante el tribunal que dictó la resolución objetada (primera sentencia condenatoria). Asimismo, la queja también cumple los recaudos rituales de su especie.

Como cuestión previa debe hacerse una reflexión complementaria sobre el examen de admisibilidad llevado a cabo por el *a quo* al conceder el recurso de inconstitucionalidad de forma parcial, pues —con cierta libertad lingüística— reinterpretó la impugnación sobre la base de un motivo que no fue desarrollado concretamente. Para hacerlo se indicó que, a pesar de que el recurrente no lo revelaba expresamente, subyacía su intención de obtener la revisión amplia de esa primera condena (fs. 207/211).

En rigor, ninguno de los agravios que el defensor sometió válidamente a consideración del tribunal se vinculaba, *así y sin más*, con una trasgresión del *doble conforme* (arts. 8.2h, CADH y 14.5, PIDCP), sino que, necesariamente, giraban alrededor de la posible inconstitucionalidad de la legitimación del fiscal para recurrir una absolución; a la imposibilidad de que la alzada, a raíz de esta impugnación, pudiera revocar y condenar; a la insuficiencia de los mecanismos procesales para garantizar una *doble conformidad* —si lo ante-

rior ocurría—; y a la *arbitrariedad* de una decisión que, al margen de que no debió pronunciarse, resultaba violatoria de los principios de legalidad, inmediación e inocencia. La Cámara, sin tomar de manera integral los planteos y sin ahondar en razones, concedió el recurso por la *arbitrariedad* (capítulo 7.2 “en adelante”), pues afirmó que, en definitiva, aquí sólo se perseguía “viabilizar el reestablecimiento de la garantía del doble conforme”; y desestimó los restantes motivos (capítulo 7.1). Sin embargo, una rápida lectura del recurso deducido me permite inferir que él no contenía fundamentos suficientes que habilitaran a desprender semejante afirmación, pues sus mayores críticas se habían centrado en un estadio anterior a esa condena que, en el razonamiento del recurrente, ni siquiera debió existir. Indudablemente, su oportuno cuestionamiento sobre la invalidez de una norma procesal, por resultar contraria a la Constitución local, todavía no ha merecido su obligada respuesta y justifica, en esta ocasión, la apertura de su queja.

El presente caso no se trata de un problema de *doble conforme* como los resueltos por el TSJ en los precedentes “Abalos”, “Alberganti”, “Sama”, “Martínez” y “Moreno”, sino uno distinto y no es posible, por vía interpretativa, renovar una pretensión que el recurrente no mantuvo correctamente, y menos reemplazar el sentido de la que fue planteada. Nótese que la defensa introdujo, como agravio, la “afectación de la garantía de la doble instancia” (fs. 192/202) en otro recurso de inconstitucionalidad que fue denegado (fs. 212) y no generó ninguna queja. Ahora bien, no desconozco que el recurrente pudo coadyuvar, con su admitida “labor de ingeniería procesal” —una apelación contra la sentencia de Cámara, la queja contra su denegatoria y los dos recursos de inconstitucionalidad—, a la confusión en la que incurrió la alzada y que, por hipótesis, todo pudo originarse a partir de lo resuelto en el citado “Alberganti”, pero considero que los agravios articulados (fs. 165/184) debieron ser leídos con el alcance que les había dado el propio interesado y no era necesario —ni adecuado— desentrañar presuntas intenciones.

Seguiré el orden fijado en el recurso de inconstitucionalidad pues esa distribución no era casual y para el defensor implicaba que, en este estrado, se revocara la decisión objetada (véase pto. 2, fs. 183/vta.; “petitorio”).

2. La defensa se agravia —con argumentos mínimos, pero suficientes en atención a lo indicado precedentemente— porque es inconstitucional interpretar que el art. 50, L.P.C., admite la legitimación del fiscal para recurrir una sentencia absolutoria de primera instancia, persiguiendo la obtención de una condena. En su apoyo, sostiene que el recurso debe concebirse como una garantía procesal exclusiva del imputado y entonces, su bilateralidad, a favor del estado, afectaría a) la garantía de la doble instancia, b) la prohibición de la *reformatio in peius*, c) los principios de inmediación e imparcialidad, d) el *non bis in idem*, y e) la duración razonable del proceso; en pocas palabras, asevera que la única parte constitucionalmente habilitada para apelar la sentencia de primera instancia era su asistida.

Ahora bien, en el esquema del proceso contravencional se previó que el tribunal de alzada pueda, a pedido del fiscal, revocar la sentencia absolutoria, condenando a la imputada, como ocurrió en el caso; y ello es así, no porque los jueces extraigan antojadizamente dicha facultad de una norma que no la prevé, sino, y todo lo contrario, porque el ordenamiento así lo expresa: “la sentencia es apelable”, “la parte que no apeló”, “la Cámara resuelve el recurso” y “dicta nueva sentencia con arreglo a derecho” (arts. 50 y 51, L.P.C.). Vale decir que cuando el legislador quiso establecer limitaciones recursivas respecto del fiscal, lo hizo expresamente respecto del recurso de inconstitucionalidad que sólo “el contraventor/a podrá interponer” (art. 53, ídem); y como no debe presumirse su inconsecuencia o ligereza, cabe precisar que, en todo caso, no se trata de la inconstitucionalidad de una *interpretación* del art. 50, sino de su texto mismo.

Enmarcada así nuestra discusión, resulta necesario determinar si esta habilitación recursiva afecta los principios invocados por el recurrente:

- a) Considero que esta legitimación del fiscal no puede afectar la garantía de la *doble instancia* y que su constitucionalidad debe ser ponderada bajo el criterio de la *razonabilidad*. Así, el sistema recursivo regulado por la L.P.C. resulta adecuado para la materia contravencional, puesto que se trata de cuestiones de una entidad menor a la criminal, para cuyo juzgamiento, se cuenta con una *doble revisión*, la segunda de ellas a cargo de un tribunal colegiado —que debe expedirse sobre idéntica plataforma fáctica que la analizada por el juez de primera instancia— y, eventualmente, con este recurso de inconstitucionalidad, destinado a velar por la fiel observancia de los principios rectores a los que debe ajustarse el trámite de la causa. En sentido contrario, el recurrente apunta a justificar su pretensión sobre la base de la equiparación entre el derecho penal y contravencional, pero no explica por qué la situación de su asistida —condenada al mínimo de multa (\$ 200) para la conducta reprochada: haber realizado “actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público”— merece el mismo trato que aquel que debiera recibir el condenado por un delito penal. No puede perderse de vista que la garantía de la *doble instancia*, en su formulación constitucional, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona “inculpada de delito” (*Fallos*, 323:1797) y no, como en nuestro caso, de una contravención (cf mi voto en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Abalos, Oscar Adrián s/art. 71, Cód. Contrav.—apelación’”, expte. n° 1509, resolución del 23/10/2002).
- b) A criterio del recurrente, la “imposibilidad absoluta” de la agravación de la situación del imputado conduce a la negación del recurso acusatorio por aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius*. Sin embargo, dicha afirmación es un tanto pretenciosa e inexacta

pues esa máxima, derivada de la garantía de defensa en juicio, no impide que el fiscal pueda recurrir una sentencia si el legislador le confirió esta facultad (*Fallos*, 320:2145), sino que prohíbe que el tribunal de revisión perjudique al imputado, precisamente, “cuando no media un recurso acusatorio”, ya que sólo en tal supuesto se afectaría, de manera ilegítima, una situación anterior obtenida al amparo de un pronunciamiento judicial que fue consentido (*Fallos*, 311:1156; 315:276; 319:2933; entre otros). No obstante ello, no deja de sorprenderme que el recurrente afirme que la constitucionalidad de esta legitimación recursiva —de base legal— podría dar lugar a que la Cámara revoque las sentencias de oficio cuando, por ejemplo, se haya fallado en franca violación de la ley (fs. 172); posibilidad que ciertamente escapa al ordenamiento jurídico y que no se vincula con el sumario desde ningún punto de vista.

- c) Según el defensor, la bilateralidad del recurso de apelación atenta contra los principios de *inmediación* e *imparcialidad*. Ahora bien, tengo para mí que estas violaciones podrían producirse si la alzada estableciera la descripción de los hechos sin presenciar el debate y sin tener acceso a la producción de la prueba; o si la condena se hubiera fundado en pruebas inexistentes o falsas. Nada de ello ha ocurrido en el caso, pues, por el contrario, el juez de primera instancia determinó el hecho que tuvo por acreditado (fs. 89/96), y el recurso deducido por el fiscal de grado sólo tuvo por objeto discutir una particular interpretación del art. 83 de la ley 1472. Entonces, entre la absolución y la condena no se modificó la base fáctica o probatoria de la imputación cursada en el requerimiento de juicio, sino que únicamente varió la inteligencia de la ley sustantiva que gobierna el caso. Por ende, la tacha de inconstitucionalidad sobre la base de tales principios no es inteligible, pues la discusión se limitó a cuestiones jurídicas y la condena se produjo por razones que no suponen la necesidad de una valoración directa de la prueba colectada.
- d) El recurrente sostiene que la legitimación del fiscal viola la garantía del *non bis in idem*. Esta garantía, para nuestro derecho constitucional, puede ser entendida como la que impide la múltiple persecución *penal*, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho; y en su interpretación más generosa, está vinculada a la imposibilidad de volver sobre etapas cumplidas del proceso (*Fallos*, 272:188). En tal sentido, no es posible concebirla como un obstáculo *para que el proceso avance* a través de los recursos ordinarios deducidos por las partes habilitadas, en tanto ni la CSJN ni las normas constitucionales (arts. 8.4, CADH, 14.7, PIDCP y 75.22, C.N.) le otorgan un significado parecido o relacionado con esta posibilidad. En el caso, el procedimiento sustanciado ante el *a quo* no tuvo por objeto *renovar* ninguna actua-

ción ya superada o *someter* a la inculpada a un *doble riesgo* por el mismo hecho *en un nuevo proceso* (Fallos, 321:2826; entre muchos otros), sino, únicamente determinar si la sentencia previa constituía la derivación razonada del derecho vigente. De manera que, admitir la pretensión del defensor equivaldría a otorgarle a esta garantía una extensión mayor que alteraría su sentido, y no es correcto derivar de ella la supuesta inconstitucionalidad de la legitimación recursiva del acusador o, indirectamente, cuestionar la atribución de la Cámara para dictar una condena en reemplazo de una absolución.

- e) Finalmente, la mera referencia a la *duración razonable del proceso* como supuesto de invalidez del recurso acusatorio aparece huérfana de cualquier argumentación que mínimamente la sustente. Vale decir que el defensor no ha cuestionado la inconstitucionalidad del plazo previsto para la persecución pública de las contravenciones (art. 42, ley 1472) y tampoco ha explicado de qué manera el reconocimiento de un recurso ordinario a favor del Estado necesariamente conspira contra esta garantía. Por lo demás, en autos, cabe señalar que desde la comisión del hecho (21/2/2005) y hasta la actualidad, ni siquiera han transcurrido dieciocho meses —término que el ordenamiento legal prevé para la prescripción de la acción; y sin entrar a considerar que además éste recomenzó luego de la celebración del juicio (6/5/2005)—, por lo cual, no comprendo cómo podría verse implicada la afectación que hoy se denuncia. Esto último, importa una deficiencia argumentativa que obsta a su admisibilidad pues se pretende la aplicación de una garantía a una situación que nada tiene que ver con los posibles escenarios en los que ella podría resultar comprometida.

En definitiva, el reconocimiento indistinto o bilateral del recurso contra la sentencia de primera instancia en materia contravencional (conf. art. 50, L.P.C.), no afecta los principios, derechos y garantías constitucionales mencionados. Las objeciones del defensor oficial se traducen en una discrepancia con el criterio legislativo adoptado en la especie y es posible percibir que la declaración de inconstitucionalidad que aquí se persigue, por vía del *control difuso*, no aparece lo suficientemente conectada con el caso de su asistida. Por ello, el recurso de inconstitucionalidad no prospera en ese aspecto.

3. La defensa, en varios capítulos dedicados a la *arbitrariedad*, dirige una serie de cuestionamientos que pueden sintetizarse de este modo: a) la alzada para determinar que no se trataba de una venta de “mera subsistencia” tuvo en cuenta la calidad y cantidad de los elementos secuestrados sin haberlos visto personalmente; b) el *a quo* condenó a la encartada sin mediar una audiencia de “conocimiento directo y de visu” en franca violación del art. 41 C.P.; c) la sala II realizó una “interpretación distorsiva” de los conceptos de “mera subsistencia” y “competencia desleal efectiva” (párr. 3º del art. 83, ley 1472).

Ahora bien, tal como lo sostiene mi colega preopinante, José O. Casás, los agravios no logran demostrar la existencia de caso constitucional alguno y remiten, en realidad, al análisis de cuestiones de hecho y prueba, y a las diversas interpretaciones que válidamente pueden existir respecto de una norma infraconstitucional, asuntos que, en principio, son propios de los jueces ordinarios y ajenos a esta instancia de excepción. No obstante ello, es preciso efectuar algunas puntualizaciones:

a) La falta de inspección personal de los elementos secuestrados en la alzada, en mi opinión no resiste el mínimo análisis. Basta un poco de sentido común para comprender que, en el caso, no se imputó la comercialización de una mercadería extravagante o de difícil apreciación mediante una certificación, sino que se trataba de “prendas de vestir y calzado” —más precisamente, ropa interior, alpargatas y ojotas— que de acuerdo a la experiencia común, no suponen, naturalmente, la valoración directa para desentrañar su calidad o cantidad. El acta de secuestro agregada al debate sirve a tales fines, más aun cuando su contenido no ha sido discutido por las partes durante el juicio o en momento alguno.

b) La ausencia de inmediación en la que habría incurrido la alzada, al casar la sentencia sin celebrar esta audiencia de *visu* prevista en el art. 41 C.P., no correrá mejor suerte. Ello es así, en tanto se trata de un agravio meramente formal desde que el recurrente no ha indicado qué perjuicios concretos le habría irrogado esta pretendida omisión, o qué incidencia hubiera tenido su realización en la solución final del caso. No puede perderse de vista que el defensor oficial no exigió esta entrevista personal cuando tuvo su primera oportunidad para hacerlo —al contestar el recurso de apelación deducido por el fiscal de grado—; y tampoco es posible desconocer que el art. 41, C.P. demanda la celebración de este encuentro “en la medida requerida para el caso”, por lo que, al menos, debió explicarse mínimamente su pertinencia —sobre todo si se tiene en cuenta que, en todas las ocasiones en las que la encartada pudo declarar y ser oída (audiencias de los arts. 41 y 46 L.P.C., respectivamente), optó por no hacerlo en ejercicio de su legítimo derecho de defensa en juicio.

Asimismo, y como lo destacara mi colega preopinante, la ley adjetiva no establece ninguna audiencia —de esta u otra naturaleza— en el trámite ante la Cámara Contravencional y de Faltas (así lo dejé expuesto en mi voto *in re*: “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005); y vale decir que tampoco la ley sustantiva contiene una previsión semejante, en tanto rige un precepto local específico (el art. 26, ley 1472) que, *en principio*, excluiría la aplicación del Código Penal nacional en este punto (art. 20, *ibidem*) ya que casualmente no se prevé la obligatorie-

dad de dicha audiencia de *visu* o de *conocimiento directo* —ni siquiera se menciona su existencia—. De manera que, en el caso, los jueces debieron establecer una sanción sobre la base de los elementos válidamente incorporados (v. gr., el informe socioambiental), ajustando su decisión al procedimiento vigente, y no advierto que por ello se vieran resentidas las garantías de la inculpada. Considero, además, que la situación descripta no difiere frente a la hipótesis de la muerte de la imputada durante la sustanciación de cualquier recurso ante la alzada, pues si bien sería absurdo dictar la primera condena contra ella, igualmente lo sería confirmar una condena pronunciada en la instancia anterior. En ambos supuestos, la conclusión jurídica sería idéntica, la acción habría prescripto (art. 40.2, ley 1472) y ningún efecto podría surtir la pena impuesta o ratificada en Cámara.

No obstante ello, *obiter dictum*, si bien considero que el examen visual de la acusada no viene impuesto por ninguna norma positiva para los jueces de la alzada, nada impide que aquel sea facultativo, por ejemplo, a los efectos de determinar la posible suspensión del cumplimiento de una condena (art. 46, ley 1472). Interpreto que la celebración de una breve entrevista —en los casos de una ocasional primera condena en Cámara—, no debiera importar una carga desmedida o la dilación excesiva del proceso y, eventualmente, podría redundar en el justo beneficio de quien la reclamara en el tiempo y modo oportuno.

c) Finalmente, el *a quo* consideró, más allá de su acierto o error, que el stock superaba los parámetros de la “mera subsistencia” e “insignificancia”, y el agravio construido sobre la base de la exégesis extensiva de la prohibición no pasa de ser una particular forma de disentir con el límite de aquella determinación que, aunque no le satisfaga al defensor, aparece fundada de manera suficiente. Idéntica afirmación le cabe a su mera discrepancia sobre la “competencia desleal efectiva”, puesto que la alzada fundó en pruebas y derecho sus conclusiones (fs. 140) y el recurrente no pudo demostrar que el aspecto material de la imputación no fue determinado a la luz de la sana crítica racional o mediante *arbitrariedad* en la selección y evaluación del material cargoso aportado al debate.

4. Por todo lo expuesto, corresponde admitir la queja en relación con la *inconstitucionalidad del art. 50 de la Ley de Procedimiento Contravencional*, desestimar el recurso de inconstitucionalidad a ese respecto y declararlo mal concedido en cuanto a la supuesta *arbitrariedad de la sentencia*.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría tanto respecto de la queja como del recurso de inconstitucionalidad,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar a la queja interpuesta a fs. 94/115.*

2°. *Declarar* parcialmente procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 165/184.

3°. *Ordenar* la remisión del expediente a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas para que jueces diferentes a los que ya intervinieron en este proceso resuelvan los agravios del recurrente.

4°. *Mandar* que se registre y se notifique.

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

XCIII

“TEB S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘TEB S.R.L. S/FALTA DE PERMISO DE CARTEL —APELACIÓN’”

**RECURSO DE QUEJA: Arbitrariedad. Gravedad institucional.
Cuestión constitucional. Publicidad en la vía pública. Poder de policía**

Expte. n° 4421/05 - 14/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El abogado y apoderado de la firma TEB S.R.L. dedujo recurso de queja (fs. 45/65) contra la resolución de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas (fs. 31/32) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/30) intentado contra la sentencia confirmatoria (fs. 1/5), aunque parcialmente, de una condena consistente en una multa —en suspenso— de cincuenta pesos (\$ 50), el decomiso de dos carteles publicitarios y costas, a raíz de la infracción al art. 3.1.3, ley 451.

Sintéticamente, el recurrente cuestionó la decisión de la alzada sobre la base de su *arbitrariedad y gravedad institucional*, en tanto expuso que “ninguno de los argumentos” sostenidos en su defensa tuvieron el debido tratamiento en las instancias de mérito, pues no se reparó en que tenía un “derecho adquirido” para obrar en la forma reprochada, es decir, a colocar los carteles publicitarios objeto del litigio. Por ello, el quejoso, supone que la sentencia objetada resulta violatoria del debido proceso, del derecho a la propiedad, y de los principios de legalidad, igualdad y razonabilidad (arts. 16, 17, 18, 19 y 28, C.N.), lo cual, en su opinión, constituye un “verdadero caso constitucional” (fs. 56/vta.).

2. El fiscal general adjunto consideró que el recurso no era procedente, en tanto no presentaba caso constitucional alguno (fs. 76/77).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.).

2. El recurrente se agravia de la decisión impugnada pues considera que en ella no se hizo mérito a sus defensas. Sin embargo, puede afirmarse que no es obligación de quien sentencia atender a todos los argumentos sino, tan sólo, a los que se consideran fundamentales para la adecuada solución del caso. En este sentido, “[n]o basta con señalar la falta de tratamiento de determinados elementos de juicio o de [las] argumentaciones formuladas, sino que *es preciso justificar su pertinencia* para variar el resultado de la cuestión” (*Fallos* 308:2262, la bastardilla me pertenece). Por su parte, la *arbitrariedad* —base sobre la cual se intenta acceder a esta instancia— tiene carácter excepcional y restringido, y requiere que medie un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o una absoluta carencia de fundamentos (*Fallos* 323:2879); esa causal, no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que, en opinión del recurrente, se estimen tales, sino que, más bien, atiende a cubrir casos en los que se verifican “deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo” (*Fallos*, 312:1839, la bastardilla es propia).

Estos extremos están ausentes en la decisión objetada y los agravios del impugnante no logran demostrar, concretamente, de qué forma se conmovieron sus garantías constitucionales a partir de ella. Las razones dadas por la alzada para denegar la vía extraordinaria lucen, en sí mismas, correctas y suficientes. Éstas fueron: por un lado, que el recurrente no había demostrado la pertinencia de sus reclamos para variar la solución final del caso; y por el otro, que no se indicaba qué norma específica le autorizaba a colocar los anuncios objeto del litigio. Por ello, sencillamente, el *a quo* descartó la existencia de los pretendidos “derechos adquiridos”. El quejoso insiste con su postura y, en líneas generales, no brinda mayores argumentos en su respaldo.

3. Si bien entiendo que la queja deducida sólo se fundó en invocaciones genéricas y no contiene críticas debidamente motivadas que se involucren con cuestiones de índole constitucional —circunstancias éstas que por sí bastarían para desestimarla—, cabe hacer algunas puntualizaciones para complementar mi decisión.

A poco de examinar la propuesta que el recurrente trae a conocimiento del Tribunal, se advierte que ella no resiste un mínimo análisis. Según aquél, el permiso para colocar los carteles publicitarios no le resultaba exigible, pues su representada es una “subconcesionaria” y, por lo tanto, es titular de “derechos adquiridos al amparo de los actos administrativos” dictados, oportuna-

mente, por la Administración General de Puertos que otorgó aquella concesión. Así, extrae dicha consecuencia del art. 3º de la ley 25.436 —que transfirió a la Ciudad el dominio del terreno ganado al río de la plata, denominado “Costa Salguero”— a partir del cual el Estado local asumió los derechos y obligaciones derivados de la “plena vigencia y eficacia [de] las cláusulas, plazos y demás condiciones de la concesión de uso establecidas por las resols. AGPSE-230/91 y AGPSE-025/92”. De tal modo, intenta poner en crisis la decisión del tribunal *a quo* sobre la base de un aparente conflicto normativo, vinculado directamente con el alcance de una ley federal y a los compromisos con ella asumidos por la Ciudad de Buenos Aires.

Este Tribunal ha resuelto que en el ámbito de la Ciudad debe cumplirse con el conjunto de reglas constitucionales, legales y reglamentarias (“Centro Costa Salguero S.A. c/GCBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 456/00 —y su acumulado expte. n° 457/00—, resolución del 24/10/2000); y así lo confirmó la CSJN al considerar inoficioso pronunciarse en un asunto como el de autos, luego de promulgarse la ley 25.436 y el dec. 2116/01 (*BOCBA* n° 1354) y de que el GCBA se arrogara —expresamente— el carácter de “parte otorgante” en la “concesión de uso” del predio que hoy nos convoca (C.1690.XXXVI, recurso de hecho en “Centro Costa Salguero S.A. c/GCBA”, resolución del 24/8/2004; y el dictamen de la PGN, del 26/12/2002). No obstante, y aun con independencia de tales normas, la Ciudad históricamente ha tenido el poder de policía y tributario sobre todo su territorio, el cual alcanza a todos los establecimientos en él ubicados, cualquiera que sea la naturaleza del dominio y titularidad de la explotación comercial que se ejerza, reconocimiento —en los términos del art. 6º, CCBA— que en el caso deviene implícitamente innecesario por los motivos —elementales— que a continuación expondré.

A todo evento, en esta causa se sancionó a la firma TEB S.R.L. en razón del art. 3.1.3 del RF (ley 451) que prevé como una falta el colocar “carteles, marquesinas u objetos similares sin contar con la autorización correspondiente” y se trata, esta última, de una autorización o permiso que posee una regulación autónoma —ordenanza 41115-CjD/85, resol. 28-SSCC/04, y disposición 1186-DGHYP/04— que poca relación guarda con la “habilitación comercial” que expresa gozar, tácitamente, por los actos administrativos que insistentemente invoca. Es en este marco conceptual que debe valorarse si aquella habilitación para explotar la parcela concesionada, que por cierto aquí nadie desconoce —a punto tal que jamás se le ha reprochado a la firma encartada el carecer de ella, aun cuando instalar o ejercer una “actividad lucrativa sin la debida habilitación o permiso” en un establecimiento también constituye una falta (art. 4.1.1, RF)—, comprendía o no aquella otra que las leyes exigen para un supuesto diferente y, en definitiva, si esto se desprende —más allá de su acierto o error— de las resoluciones que el recurrente mencionó para reafirmar la legitimidad de su conducta.

Así las cosas, adelanto que los actos administrativos que el quejoso citó para justificar su infracción al RF, más que darle la razón, se la quitan. Ello así, por cuanto la resol. AGPSE-025/92 —que sólo modificó la calificación contractual: de “permiso de uso” a “concesión de uso”— establece en su art. 4º que, “*en todo lo que no hubiera sido objeto de modificación por la presente, subsisten todos y cada uno de los artículos del contrato vigente* suscripto entre las partes el 29 de diciembre de 1988” (fs. 54 del principal, lo resaltado es propio); y ni bien se observa el contrato administrativo surge como obligación a cargo de la empresa permissionaria —Telemetrix S.A. quien, a su turno, “subconcesionó” parte del terreno a TEB S.R.L.— “comunicar a ‘la otorgante’, dentro de los treinta (30) días, la colocación de *elementos de publicidad* en el predio otorgado, los *que deberán ajustarse a las disposiciones vigentes o futuras que reglan su habilitación y explotación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires*” y del mismo modo se deberán “*abonar los impuestos, tasas y cualquier gravamen nacional o municipal establecido o que se establezca y aplique en el futuro a las actividades vinculadas con el objeto del Permiso de Uso y/o instalaciones y/o elementos emplazados [y un ejemplo posible serían los carteles publicitarios]* en el inmueble permissionado” (fs. 47 del principal, lo destacado y agregado es propio).

Resta mencionar que las resoluciones de la AGPSE no alteraron punto alguno sobre los requisitos exigibles en cuanto a los anuncios publicitarios en la vía pública o que se perciben desde ella —derivación lógica, si se repara que es una materia eminentemente local— y tampoco redimieron al contribuyente, explotador de la actividad comercial, de las cargas tributarias e impositivas que genera su utilización. Me refiero, puntualmente, al “pago de una contribución anual” prevista por el art. 298 del C.F. (ley 1010, t.o. por el dec. 319-GCBA/03), la cual “se devengará desde el momento mismo de la colocación del anuncio, *aún careciendo de permiso previo, sin perjuicio de las sanciones que correspondieren y/o del retiro del mismo*”, art. 305, *ibídem*. Entonces, los actos administrativos y el contrato administrativo —cuya plena operatividad admite el recurrente, a fs. 51— no confieren ninguna autorización que justifique transgredir el régimen de faltas, cuanto menos, en lo referido a la infracción imputada (reitero, art. 3.1.3, RF). Muy por el contrario, arrojan como resultado un incumplimiento por parte del quejoso de las pautas acordadas con la AGPSE que no sólo no permitían la colocación de publicidad al margen de la regulación local, sino que, precisamente, le exigían ajustarla a ella en todos los supuestos, lo cual, además, podría dar lugar a eventuales compromisos fiscales que cabe poner en conocimiento de los organismos de control pertinentes (con un razonamiento similar al expuesto *in re* “Mancuso, Marcela Lidia c/GCBA —apelación”, expte. n° 4106/05, resolución del 21/12/2005).

Por otra parte, me resulta difícil comprender cómo puede insinuarse, con seriedad y sensatez, que un acuerdo entre particulares suscripto por las

firmas Telemetrix S.A. y TEB S.R.L. (v. gr., “concesionaria” y “subconcesionaria”), pudo ir más allá de lo estipulado previamente con la autoridad nacional otorgante del permiso o concesión —o en otras palabras, ¿cómo un contrato posterior entre particulares pudo ampliar los derechos que uno de éstos había concertado con la administración en el contrato administrativo?—; y parece aún más absurdo afirmar que de este acuerdo particular pueda derivarse un supuesto de *error de derecho* oponible al GCBA o al fuero Contravencional y de Faltas, como causa eximente del reproche por falta. Simultáneamente, ningún desconcierto podría nacer, con tales efectos, cuando la única referencia que presenta el convenio (a fs. 36 del principal) se limita a facultar a la firma TEB S.R.L. para colocar en todo el sector concedido “anuncios propios” y de terceros sólo “en el interior de sus instalaciones”, licencia privada que en rigor de verdad nada agrega con relación a las obligaciones que pesaban sobre ella de conformarlos a las previsiones de derecho público y, entre éstas, gestionar aquel “permiso de anuncio publicitario” exigido por la normativa local (ordenanza 41115-CjD/85, resol. 28-SSCC/04 y disposición 1186-DGHYP/04).

Del mismo modo, el recurrente expone que aún si hubiera solicitado la “autorización”, ésta se habría diferido a los resultados del trámite de “habilitación” de todo el complejo —iniciado a requerimiento de la Administración mediante la disposición 121-DGCyP/01—. Sin embargo, en este punto su argumentación resulta lábil e imprecisa, pues en la queja afirmó —con insistencia— contar con una habilitación “implícita e inevitable derivada de la concesión” (fs. 48) para funcionar como la explotación comercial que allí erigió, circunstancia que no se ha cuestionado en autos, ni debiera serlo —de no mediar un pronunciamiento expreso por parte de la Administración local que ponga fin a la relación, por “razones superiores de interés general público” (cláusulas 3ª y 8ª del contrato administrativo de fs. 43/50), quedando a resguardo “la obligación de reparar los perjuicios ocasionados” que correspondieran según el caso (MUÑOZ, Guillermo, y GRECCO, Carlos: *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 130)—. Es que, si aquí sólo se espera del GCBA una simple decisión “ratificatoria” de la habilitación comercial concedida por la AGPSE, mediante el permiso o concesión, y el actor expresa en su apoyo que resulta aplicable el *art. 59 del dec. 2409/PEN-66*, en tanto “el otorgamiento del *permiso de uso implica también la habilitación para el ejercicio de la actividad objeto de aquél*” (fs. 55, no destacado en el texto), no advierto obstáculos reales para que, por lo menos, se intentara conseguir la conformidad para colocar anuncios publicitarios. Nótese que para darle curso a esta diligencia sólo se exige el “certificado de habilitación o de la solicitud de habilitación” (disposición 1186-DGHYP/04) y, según entiendo, este requisito estaría cubierto, de momento, con su autorización *ficta* o “tácita” para funcionar (fs. 55/vta.). Sostener lo contrario significaría tanto como avalar que —por contar con una

habilitación “insuficiente” (según el recurrente a fs. 53/vta.) pero sobradamente idónea para continuar con su explotación comercial— el GCBA debe tolerar el incumplimiento sistemático de todos y cada uno de los recaudos reglamentarios que prevé su propia normativa; algo que pareciera en abstracto impensable y absurdo. En todo caso, frente a aquella suposición, el recurrente debió invocar la resistencia de la Administración para conceder la autorización por este motivo (v. gr., ausencia de la habilitación), pero esto, únicamente, podría ser viable ante un pedido concreto de la “autorización” para ejercer la actividad publicitaria, ausente al momento de la comisión del hecho. El quejoso no puede agravarse hoy porque el GCBA podría negarle lo que no solicitó expresamente y por la vía adecuada —aún judicialmente—, y las hipotéticas controversias que pudieran suscitarse con la Administración sobre este punto no pueden tratarse en estas actuaciones, por ser todavía inexistentes.

Vale agregar que, por lo demás, al invocar la aplicación de un régimen —las normas para el “otorgamiento de permisos de ocupación, uso y explotación de bienes de dominio público y privado de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”— no podía desconocer que “el permisionario *queda obligado a cumplir con todas las disposiciones vigentes o que se dicten* en el futuro para la actividad respectiva, *haciéndose pasible*, en caso de incumplimiento, *de las penalidades establecidas* en el Código de Procedimientos de Faltas y disposiciones especiales que sean de aplicación, *de acuerdo a la naturaleza de las faltas*” (art. 60 del dec. 2409/PEN-66 publicado en el *Boletín Oficial* del 21/10/1966; no destacado en su texto). Resultaría paradójico admitir que el actor pueda justificar su actividad lucrativa sobre la base de un ordenamiento y que, al mismo tiempo, desobedezca las cargas públicas que aquel le imponía.

Finalmente, la circunstancia de que haya solicitado un permiso para los anuncios (fs. 34/40), con posterioridad a la sanción impuesta, no obsta a lo aquí resuelto, puesto que su eventual otorgamiento no reviste efectos retroactivos a la fecha de la falta, sino desde su aprobación (art. 13.2.13, ordenanza 41115-CjD/85). El recurrente no puede alegar un derecho a que los carteles permanezcan en el establecimiento, cuando su instalación no ha tenido legal comienzo por falta del acto expreso y necesario de autorización; amén de que no puede ampararse en un supuesto error cuando aquel se sigue de su conducta discrecional, por no haber tramitado el permiso en la jurisdicción respectiva y en momento oportuno (criterio similar al que suscribiera, junto a mi colega José O. Casás, en el expte. n° 58/99, “Paca S.A. s/recurso de queja”, resolución del 09/09/99).

En definitiva, no existe norma, acto, reglamento o contrato, de naturaleza pública o privada, de orden federal o local, que en esta causa se superponga a las facultades indelegables que la C.N. y la CCBA le reconocen a la Ciudad de Buenos Aires para ejercer, en toda su intensidad, el poder de poli-

cía que le es propio en materia de faltas y tributos; el recurrente —pese a su esfuerzo— no logra controvertir dicho extremo desde ninguna óptica posible.

4. Por las razones expuestas, *voto por*: 1) desestimar la queja deducida a fs. 45/65; 2) dar por perdido el depósito de ley, cuya constancia obra a fs. 44; 3) comunicar a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos (DGHyP), a la Dirección General de Rentas (DGR) y a la Dirección General de Concesiones y Privatizaciones (DGCyP), el contenido de la presente resolución a fin de que, en el marco de sus competencias específicas, se tomen las medidas que crean convenientes.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana M. Conde.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a los desarrollos contenidos en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde y a la solución que propone.

2. La firma TEB S.R.L., en su carácter de subconcesionaria de Telemérix S.A., sostiene que goza de una suerte de “derecho adquirido” que la dispensaría del permiso que exige la reglamentación local específica para colocar anuncios publicitarios en territorio de la Ciudad. Sin embargo, en ningún momento (ni al presentar el recurso de inconstitucionalidad, ni al interponer la queja ante su denegatoria) la recurrente rebate el argumento básico de la sentencia de Cámara, esto es, que no se ha identificado con precisión la norma específica que autorizaría a la colocación concreta de los dos carteles en litigio (conf. copia de los pronunciamientos de la Cámara obrantes a fs. 4 vta. y 32 vta.).

La recurrente sostiene que al contar con una habilitación para desarrollar una determinada actividad comercial, tal circunstancia, por sí sola, le permitiría realizar los actos conducentes para publicitarla mediante la instalación de carteles.

En estos términos, el argumento no puede ser atendido por su insuficiente fundamentación y la falta de relación directa entre los preceptos constitucionales invocados y el caso concreto. En efecto, la interesada no logra demostrar que la autorización para funcionar que ostenta incluya también una autorización válida que le permita instalar los anuncios publicitarios que motivaron su sanción por infracción al RF.

La habilitación para llevar adelante una actividad comercial no releva a su titular de la carga de observar en todo momento un conjunto de normas jurídicas que, de una u otra forma, inciden sobre la explotación que conduce (v. gr., regulaciones en materia tributaria, urbanística, ambiental, de higiene, de seguridad, de moralidad, bromatológicas, entre muchas otras). Pues bien, desde esta perspectiva, los planteos formulados en el caso no hacen variar la situación: la mentada habilitación para funcionar tampoco dispensa a la empresa recurrente del cumplimiento de las disposiciones locales que, por ejem-

plo, establecen los recaudos para la instalación de anuncios publicitarios (conf. ordenanza 41.115/85, resol. 28-SSCC/04 y disposición 1186-DGHYP/04).

Por las consideraciones expuestas y lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 76/77), corresponde desestimar el recurso de queja deducido, dar por perdido el depósito cuya constancia obra a fs. 44 y remitir copia de esta sentencia a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, a la Dirección General de Rentas y a la Dirección General de Concesiones y Privatizaciones del GCBA, tal como lo propicia la señora jueza de trámite en su voto.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Los argumentos expuestos por la señora jueza de trámite bajo el punto 2 de su voto, a los cuales me remito a pesar de mis discrepancias abstractas —quiero decir, no relativas al caso concreto— sobre la *arbitrariedad* como motivo del recurso de inconstitucionalidad local, resultan suficientes para rechazar la queja presentada por el recurrente. De esa manera lo ha estimado ya este Tribunal en múltiples sentencias con relación al carácter excepcional de la citada arbitrariedad (conf. punto 5 *in re* “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre muchos otros), así como también con respecto a la invocación de la mentada *gravedad institucional* (conf. punto 5 *in re* “Kronopios S.R.L. c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 488 y ss.). Por su parte, cabe recordar que debe declararse improcedente todo recurso extraordinario local sustentado en una mera referencia ritual de derechos y garantías constitucionales, situación que se refleja en el legajo bajo estudio (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., entre otros).

2. Estas breves consideraciones me conducen a desestimar el recurso de queja deducido por el recurrente a fs. 45/65 y a dar por perdido el depósito, cuya constancia obra a fs. 44.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 45/65 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La defensa no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recuso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo; omisión que obsta a su procedencia.

3. Por otra parte, la queja contiene el mismo defecto que presenta el recurso de inconstitucionalidad: no logra conectar los agravios concretos que

—afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con motivos de impugnación de carácter constitucional. Por ende, no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

4. Voto en consecuencia por el rechazo del recurso de queja obrante a fs. 45 y ss.; y dar por perdido el depósito.

5. Respecto de la decisión del voto de mayoría según la cual se ordena comunicar esta resolución a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, a la Dirección General de Rentas y a la Dirección General de Concesiones y Privatizaciones del GCBA manifiesto mi disidencia por entender que la misma excede el marco de lo aquí resuelto.

Por ello, oído el Ministerio Público Fiscal, por unanimidad con relación a los puntos 1 y 2, y por mayoría con respecto al punto 3,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* a la queja interpuesta a fs. 45/65.

2°. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia obra a fs. 44.

3°. *Comunicar* esta resolución a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, a la Dirección General de Rentas y a la Dirección General de Concesiones y Privatizaciones, todas, del GCBA.

4°. *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, para que sea agregada a los autos principales.

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

XCIV

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA
C/CARIA, MARIO JOSÉ S/EXPROPIACIÓN’”

**RECURSO DE QUEJA: Expropiación.
Cuestión abstracta. Cuestión constitucional**

Expte. n° 4350/05 - 14/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA promovió demanda de expropiación del inmueble sito en la calle Marcos Sastre n° 3244/50 de esta Ciudad contra sus propietarios, de acuerdo con las leyes 347 y 957 —que declararon la utilidad pública del bien considerándolo sujeto a expropiación.

Luego de iniciado el juicio, la ley 1344 derogó las leyes precitadas.

2. En consecuencia, la demandada solicitó que se declarase abstracta la cuestión y condenase en costas a la Ciudad, por haberla obligado a presentarse en la causa (fs. 66, autos principales). La actora, a su turno, solicitó que las costas se impusieran por su orden, atento las circunstancias del caso (fs. 71, autos principales).

La señora jueza de primera instancia expresó que “el objeto de autos devino abstracto con motivo del dictado de la nueva ley con posterioridad a la promoción de la acción, no se advierte un litigante vencido en los términos del art. 62 del CCAT y es ajustado a derecho imponer las costas por su orden —art. 62, 2ª parte, CCAT—” y así lo decidió (fs. 81, autos principales).

3. La parte demandada apeló la distribución de costas (fs. 86/92, autos principales) y la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario revocó la sentencia.

La Sala II consideró que “lo cierto es que el caso de autos presenta ciertas particularidades que los distinguen de la típica situación en que la cuestión deviene abstracta a raíz de un cambio legislativo, sino que, en todo caso, el cambio normativo operado en el *sub examine* debe ser asimilado a un desistimiento” (fs. 101 vta., párr. 2º, autos principales).

Asimismo, la Cámara entendió que no era de aplicación la excepción prevista en el art. 67, CCAT local, referida al desistimiento por cambios de legislación o jurisprudencia, y que el caso debía ser resuelto con imposición de las costas a la Ciudad de Buenos Aires por aplicación de la regla general en la materia: las costas del juicio están a cargo de quien desiste (fs. 101 vta., párrs. 3º y 4º, autos principales).

4. La Procuración General planteó recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la alzada (fs. 105/111, autos principales).

Denegado por la Cámara, presentó la queja que tramita en autos (fs. 22/32).

5. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 43/45 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma y se dirige a atacar lo resuelto por el superior tribunal de la causa, mas no puede prosperar ya que

ni ahora ni en el recurso de inconstitucionalidad se ha planteado en forma adecuada un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. El debate que se pretende traer a decisión del Tribunal trata sobre si corresponde aplicar la regla que impone las costas a la parte que desiste o, por el contrario, la excepción que establece el art. 67, CCAyT.

El párr. 2º de dicho artículo expresa: “Si el proceso se extingue por desistimiento, las costas son a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiere exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia y se llevara a cabo sin demora injustificada”.

En estos términos, la invocación genérica de disposiciones constitucionales por la Procuración General de la Ciudad, tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, no permite soslayar que, en el caso, no se ha controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las Constitución Nacional o local, o la validez de una regla jurídica por ser contraria a normas constitucionales de superior jerarquía. El planteo de la recurrente sólo tiende a que el Tribunal resuelva si el caso encuadra en uno u otro de los preceptos establecidos en el art. 67, párr. 2º, CCAyT.

3. La Cámara dio las razones que justificaban, a su criterio, la solución conforme al principio general en materia de desistimiento (costas a quien desiste).

En tal sentido, la Sala II expresó que “la derogación de la ley 347 y su modificatoria, por medio de la cual se había declarado la utilidad pública y sujeto a expropiación (*sic*), no es un hecho ajeno a las partes. No empecé lo dicho el hecho de que la ley 1344 (publicada en el *BOCBA* 1974, el 2/7/2004) haya sido dictada con posterioridad al inicio de las actuaciones. Ha sido la Ciudad de Buenos Aires, representada por uno de sus órganos, el ejecutivo, quien ha iniciado el presente proceso de expropiación, y es también la Ciudad, por medio de otro de sus órganos, el legislativo, quien ha decidido no llevar a cabo la referida expropiación” y agregó que “los demandados, disconformes con el monto de la indemnización ofrecida, se han visto obligados a litigar y si luego la expropiante ha dado marcha atrás a su decisión, debe soportar las gastos en que con su accionar ha hecho incurrir a su contraria” (fs. 101 vta., párr. 5º, autos principales).

Podrá o no compartirse la interpretación efectuada por la alzada, pero más allá de su acierto o error, el pronunciamiento objeto de reproche —en cuanto es materia del recurso— se encuentra fundado y razonado a partir de las circunstancias comprobadas de la causa y los agravios propuestos por la parte interesada.

4. El planteo de afectación del principio de legalidad, el derecho de defensa, lesión al principio de razonabilidad y arbitrariedad de la decisión que efectúa la Procuración General motivado en que la derogación de la ley 374 encuadraría en el “cambio de legislación” al que alude el art. 67, CCAyT, no

logra conmover el hecho que, en verdad, el recurso sólo expresa la disconformidad de la parte con la sentencia de la alzada en relación a la interpretación y aplicación de reglas de derecho infraconstitucional. Que la sentencia no haya considerado aplicable, literalmente, el segmento del artículo antes señalado no es razón suficiente para descalificar el pronunciamiento.

Ya he tenido oportunidad de expresar que “(l)a interpretación seguirá siendo siempre la actividad dirigida a desentrañar el significado y alcance de las normas jurídicas —ya sea en abstracto, como se realiza en una obra puramente doctrinal, o en concreto—, constituyendo una fase del proceso aplicativo de los preceptos (...). Claro está que en los casos concretos ocurientes dicha hermenéutica se verá marcadamente signada por los hechos, tal cual han acaecido efectivamente —sin perjuicio de que deban ser objeto de *calificación*. Siendo ello así, difícilmente pueda pregonarse de antemano que existan, para cualquier supuesto, desde el punto de vista lógico-formal, categorías puras, precisamente delineadas, con fronteras nítidas y límites precisos, en las cuales, silogísticamente, puedan volcarse *a posteriori* en términos de subsunción, todos y cada uno de los hechos (...) que en la fecunda realidad puedan acaecer, más allá de su tipicidad o atipicidad, proximidad o lejanía con las definiciones concretas propuestas (...)” por una reglamentación al diseñar en abstracto las hipótesis en las cuales el precepto tendrá incidencia [conf. mi *Estudio preliminar*, punto 2: “La interpretación dentro del fenómeno más general de la aplicación del derecho. Calificación y subsunción de los hechos en las previsiones de las normas”, en: *Interpretación económica de las normas tributarias* (obra colectiva que coordiné), Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, pp. 27 y ss., en especial p. 38 —corresponde aclarar que si bien la obra aborda la cuestión de la interpretación de las normas jurídicas en el campo del *derecho tributario*, las puntuales reflexiones transcritas se efectúan desde una perspectiva general que bien puede ser referida al caso concreto que, obvio es decirlo, nada tiene que ver con cuestiones de índole fiscal—].

5. En suma, la decisión recurrida no merece reparos constitucionales que el Tribunal deba atender en el caso; ella sólo se orienta a garantizar la indemnidad del vecino sometido a las decisiones discrecionales del Estado que se ponen de manifiesto cuando la Legislatura dicta una ley que exclusivamente declara la utilidad pública de su inmueble, se inicia el correspondiente “contencioso expropiatorio” y luego, a partir del dictado de otra ley posterior y específica que deroga la primera, se debe dejar todo sin efecto.

Es que no puede pasar inadvertido, como lo señalara nuestro Máximo Tribunal Federal en la causa: “Claudia Graciela Saguir y Dib ” (*Fallos*, 302:1284), que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de todo fallo, ya que son éstas uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma, desde que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores

del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la *ratio legis* o del espíritu de la norma.

Por las consideraciones expuestas y por las razones vertidas en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, estimo que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la Procuración General de la Ciudad.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por la Procuración General de la Ciudad.

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

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

XCV

“RÍOS, GERARDO IGNACIO Y OTROS C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)
S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4422/05 - 14/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Gerardo Ignacio Ríos y María Agustina Ríos, empleados del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires iniciaron una acción de amparo en la

que solicitaron un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003, el pago retroactivo al 1º de mayo de 2003 de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se cumpla así con la escala establecida en la resol. 37-CM/99 y que se les abone el aumento del 10 % otorgado por el Consejo de la Magistratura de la Nación mediante resol. 471/04 (fs. 1/6). El juez de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar a los actores los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 83/85 vta.).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 86/95 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 112/115 vta.).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 118/139) que, previo traslado a los actores que fue oportunamente contestado (fs. 141/150), fue concedido por la Sala II (fs. 152/153 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 165/167 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 153), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’” expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrel, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por los actores. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28 de septiembre de 2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XCVI

“NACCHERI, ANA MARÍA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Invocación genérica de garantías constitucionales.

Programas sociales de carácter habitacional. Cuestión abstracta

Expte. n° 4390/05 - 14/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Ana María Naccheri, Víctor Aníbal Rodríguez, Carlos Alberto Reyna, Lucía Adriana Gómez, José Martín Britez, Gabriela Ballesteros, Claudia

Roxana Leyes, Juan Bautista Reinoso, Eustaquio Pavón y Raúl Pérez, por sí y por sus hijos menores, iniciaron una acción de amparo el 7 de agosto de 2001 a fin de que el Gobierno de la Ciudad: *a*) cese en su determinación de finalizar planes y programas habitacionales de los cuales los amparistas son beneficiarios, hasta tanto se compruebe el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que ingresaron originariamente y *b*) se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación (fs. 1/14).

El juez de primera instancia resolvió declarar abstracta la cuestión planteada, al considerar que las normas dictadas por el Gobierno local con posterioridad al inicio del proceso de amparo satisfacían las pretensiones de los actores (fs. 649/653).

2. La sentencia fue apelada por el asesor tutelar (fs. 654/659 vta.) y por la parte actora (fs. 662/673 vta.). Aunque en el encabezamiento del escrito se menciona a diez actores (fs. 662), sólo cinco firmaron el memorial de agravios, sin que sea posible identificarlos (fs. 673 vta.).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, confirmó la sentencia apelada, sin costas (fs. 683/685 vta.).

3. Ante esa decisión, los coactores Lucía Adriana Gómez, Claudia Roxana Leyes, Eustaquio Pavón, Víctor Aníbal Rodríguez y José Martín Britez, interpusieron recurso de inconstitucionalidad (fs. 689/729 vta.) que, previa constatación de la Procuración General (fs. 734/739 vta.) y del asesor general tutelar adjunto (fs. 741/744), fue concedido por la Cámara (fs. 746 y vta.).

4. Requeridos sus dictámenes, el asesor general tutelar (fs. 754/756 vta.) propicia que se desestime el recurso de inconstitucionalidad y el fiscal general adjunto (fs. 759/761 vta.) propone que se declare mal concedido el recurso planteado por la parte actora.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los actores fue incorrectamente concedido por la Cámara.

Reiteraré, en lo pertinente, el voto que emití en la causa “Bustamante, Paulina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3936/05, sentencia del 12/10/2005, por resultar sustancialmente análoga la cuestión que ahora debo resolver.

2. Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la decisión de la alzada que lo concedió, se sostiene que la sentencia se fundamentó en la errónea interpretación de los arts. 31 de la CCBA, 14 bis de la C.N. y los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional vulnerándose, en consecuencia, derechos fundamentales como el acceso a la vivienda, la salud y la dignidad.

Estas normas constitucionales, genéricamente invocadas, no guardan una relación directa e inmediata con las cuestiones debatidas en la causa.

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad, la parte recurrente impugna las decisiones de las instancias anteriores que declararon abstracta la acción de amparo. Para llegar a esta conclusión, la Cámara analizó el objeto de la demanda y las normas dictadas por el Gobierno de la Ciudad con posterioridad a su inicio. Consideró, entonces, que el objeto del amparo se había agotado pues la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97. Asimismo, con respecto al cumplimiento de los objetivos de los programas, la Sala sostuvo que esta cuestión fue planteada como condicionamiento al egreso masivo de los planes, por lo que no resulta posible efectuar un tratamiento escindido de este tema respecto de la finalización de la cobertura que reciben.

De lo expuesto surge con claridad que, como lo señalara en la causa “Ridella, Roxana Andrea s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ridella, Roxana Andrea c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3831/05, resolución del 10/8/2005, para resolver los planteos de los actores “no es necesario interpretar o aplicar las normas constitucionales invocadas, sino analizar circunstancias de hecho y de derecho infraconstitucional ajenas a esta instancia de excepción. Tan es así, que la propia recurrente centra la discusión en esclarecer el alcance de la expresión ‘permanecer en la actual situación’ utilizada por el dec. 895/02 para, de esa manera, determinar si se encuentra o no satisfecha la pretensión esgrimida en la demanda” (véase especialmente fs. 724 y siguiente —sin foliar—).

3. Al respecto, y más allá de reiterar que esa cuestión no plantea un caso constitucional, debe recordarse que el Tribunal, en las causas “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1°/10/2003 y “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 13/4/2005, compartió el criterio de la Cámara en cuanto entiende que la cuestión se ha tornado abstracta. En este orden de ideas, el TSJ señaló que: “el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el dec. 607/97. El art. 26 del dec. 895/02 sólo dispuso la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. *La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a*

la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas. //Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado” (punto 3, énfasis aportado).

Asimismo, el Tribunal sostuvo en los fallos citados que “[e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del dec. 607/97 (...). Ninguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta” (punto 5, párr. 3°).

Resulta aplicable, también, aquello que se dejó señalado en dichos casos: “El pronunciamiento de la Cámara que, al cotejar la demanda con las normas dictadas con posterioridad a la iniciación del proceso, consideró que el dec. 895/02 puso fin al riesgo de desalojo de los actores —situación que motivó la interposición del amparo— *no les impide a ellos promover, frente a nuevas situaciones que afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician (...) los procesos judiciales que estimen pertinentes. El objeto pretendido en este amparo se agotó...*” (punto 5, párr. 1°, énfasis suplementado).

4. Por lo demás, como lo sostuve en la causa “Ridella”, ya citada, “cabe señalar que no resulta aplicable al caso la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia —citada por la recurrente— referida a la necesidad de dictar sentencia en casos que tratan sobre derechos fundamentales, cuando es presumible que la lesión constitucional se reiterará y, nuevamente, la respuesta judicial será tardía.

En primer lugar, dicha doctrina es aplicada por la Corte cuando ella debe resolver si un asunto sometido a su decisión mantiene o no mantiene actualidad y, en cambio, no es aplicada para revisar una sentencia de otro tribunal que declaró abstracto un asunto. Además, debe recordarse que el criterio jurisprudencial invocado tiene en cuenta la necesidad de dar operatividad a la garantía de protección judicial efectiva. Sin embargo, no se advierte que, en las actuales circunstancias de la estructura normativa y organizacional de la justicia local, la actora pueda quedar sin protección jurisdiccional frente a alguna actuación del Estado que ella considere lesiva de su derecho a la vivienda digna o a la protección estatal” (punto 4).

5. Por las razones expuestas, el recurso de la parte actora debe declararse mal concedido.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Julio B. J. Maier, tal como lo hiciéramos en la causa análoga “Bustamante Paulina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3936/05, sentencia del 12/10/2005, a la que nuestro colega se remite en este caso.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Las razones suministradas en el punto 3 del voto del señor juez de trámite Dr. Julio B. Maier que comparto son suficientes, a mi modo de ver, para justificar la solución que propicia, y a la cual, por ello, adhiero.

En relación con el agravio que descalifica la sentencia impugnada por contradecir la doctrina de la CSJN sobre cuestiones abstractas, transcribo las razones que desarrollé, para rechazar un planteo análogo, al votar en la causa “Bustamante Paulina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3936/05: “(...) los actores entienden que, aun cuando el dec. 895/02 haya brindado satisfacción a su necesidad de vivienda, no lo ha hecho de un modo que despeje la incertidumbre acerca de la perduración del régimen que instituye; y esto en último consistiría su interés jurídico.

“El planteo propuesto exige precisar algunos conceptos. Todos los tribunales cuya actuación debe desarrollarse, por mandato constitucional, en el marco de ‘causas’ tienen la obligación de verificar que las cuestiones a ellos sometidas, en vía de demanda o recurso, cumplan ese requisito. En tal sentido, cualquier apelación y, en verdad toda pretensión, para sustentar una causa, requiere que exista un gravamen actual cuya reparación constituya la posible consecuencia del pronunciamiento buscado por la parte. Incluso, la comprobación del recaudo procede de oficio (*Fallos*, 216:147; 243:146; 244:298, entre muchos). A su vez, es doctrina de la CSJN aquella que admite revisar sentencias que declaran abstracta una causa, revocarlas, en su caso, y reenviar el pleito para que se dicte un nuevo pronunciamiento. Así como revocar el pronunciamiento cuando el asunto perdió actualidad y se transformó en un proceso abstracto.

“En este sentido Ymaz y Rey, a propósito del requisito de concreción al que clasifica como común a cualquier recurso, sostienen que ‘(...) La jurisprudencia estadounidense coincidía con la argentina y con lo expuesto precedentemente respecto de la improcedencia del recurso extraordinario cuando desaparece alguno de los requisitos a que ella se refiere.//Sin embargo, a partir del caso 261 US 216, se ha llegado a concluir que hay supuestos en que la Corte Suprema puede hacer una declaración que evite la subsistencia de lo resuelto por el tribunal apelado acerca de la cuestión en disputa (véase al

respecto ROBERTSON y KIRKHAM: ob. cit., p. 437, nota 28). Lo que luego fue recogido en algunos precedentes de la Corte nacional (...)’ [Nota: YMAZ, Esteban, y REY, Ricardo E.: *El recurso extraordinario*, 3ª ed. actualizada por el estudio Ymaz Abogados sobre la 2ª ed. actualizada por los Dres. Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacios, Abeledo-Perrot, p. 76].

“Al respecto, la Corte Suprema ha considerado que aunque la cuestión debatida se haya tornado abstracta, esto no resulta un obstáculo a la procedencia del recurso extraordinario, cuando con la simple declaración de improcedencia, de dicho recurso, se estaría dejando firme lo resuelto por el *a quo*. In re ‘de Llano, Isidoro c/E.F.E.A.’ s/despido, sostuvo que: ‘(...) la desaparición de la finalidad del litigio, que en el caso acredita la resol. 47/62, transcrita en el memorial de la parte actora, y la reincorporación del Sr. De Llano, que justifica el informe de fs. 83 y que no ha sido desconocida por el interesado, constituyen requisitos jurisdiccionales que incumbe al Tribunal comprobar de oficio (...) //Que toda vez que la conclusión precedente es incompatible con la subsistencia de la condenación impuesta por la sentencia apelada de fs. 58, que acuerda la indemnización atinente a la estabilidad del actor como dirigente gremial, corresponde revocar la sentencia apelada, en ejercicio de la facultad que acuerda a esta Corte el art. 16, 2ª parte, de la ley 48, y en salvaguardia de exigencias ineludibles de justicia cuya preservación incumbe a todo tribunal sin distinción de grados (...)’ (en igual sentido *Fallos*, 253:344; 308:1670, entre otros)”.

“Así también, la Corte ha revisado y revocado sentencias de tribunales inferiores que declaraban abstracta la cuestión debatida. En este sentido en ‘Custodia Cía. Financiera c/Banco Central’, frente al recurso extraordinario interpuesto por la parte actora, en el que se agravaba de ‘(..) que al declarar abstracta la cuestión debatida, el tribunal *a quo* le privó del derecho al control judicial de un acto administrativo cuya nulidad había solicitado. Sostiene que la inteligencia que debe otorgársele al art. 46 de la ley 21.526 no puede ser otra que el reconocimiento del debido proceso adjetivo, que comprende el de obtener una resolución fundada y que tiene profunda raigambre constitucional (...)’ la CSJN resolvió que ‘(...) la apelación es admisible en cuanto el recurrente invoca un derecho sustentado en una ley federal que no le ha sido reconocido (art. 14. inc. 3º, ley).//Que el recurso instituido por el art. 46 de la ley 21.526 (redacción según el art. 30, ley 22.529) otorga el derecho de que los actos del Banco Central de la República Argentina sean revisados en la vía judicial mediante el recurso directo en él establecido.//Que ello es independiente de los efectos que la revisión de tales actos y la declaración de quiebra de una entidad financiera puedan recíprocamente tener, tanto más porque, cuales quiera que sean dichos efectos, que el acto impugnado resulte legítimo o ilegítimo tendrá consecuencias ineludibles con respecto a la responsabilidad de Estado.//Que cabe además poner en resalto que el fallo en recurso, así como el antecedente

al que se remite, no esgrimen razón alguna para mostrar que la ‘cuestión traída ante el tribunal ... se ha transformado en abstracta’, sino que se limitan simplemente a declararlo.//Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la resolución apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por la sala que intervino, se pronuncie sobre la legitimidad o ilegitimidad del acto administrativo objeto del recurso (...)”.

“En nuestro sistema constitucional, el carácter abstracto de una cuestión se establece por la circunstancia de que el juez ya no tiene materia sobre la cual operar; en otras palabras, la decisión que se espera de él no está en posición de resolver un agravio, aun cuando pueda tener el litigante algún interés indirecto, distinto del jurídico, en obtener alguna declaración judicial. Ello es así cualquiera sea el tribunal, en la medida en que se trata de órganos que estén limitados en su competencia por el concepto de causa (v. gr. art. 106, CCBA). Por ello, como principio, los tribunales no resuelven agravios no sufridos (conjeturales), aun cuando ellos puedan ser previstos como posibles”.

“Sin embargo, tal como sostiene la defensa con cita de los precedentes argentinos publicados en *Fallos*, 316:479 y 318:819, y en otros estadounidenses, tomados en consideración también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasiones en que el agotamiento en breve lapso de una situación que se repite lleva a convertir en imposible una decisión judicial a su respecto por lo que se ha estimado procedente un pronunciamiento que tienda a dejar sentada la solución para casos futuros cuyo grado de previsibilidad puede equipararse a la certeza. Este es el caso clásico del pronunciamiento en ‘Roe vs. Wade’ [Nota: 410 US 113], a propósito de una acción de clase encabezada por una mujer que, culminado su embarazo, había dado luz a un hijo, esto es, cuando el pedido que encabezaba la causa, interpuesta para interrumpir la gravidez, se había tornado de imposible efectivización respecto de la gestación original, aun cuando era altamente previsible que la mujer tuviera futuros embarazos. En cambio, ese tribunal se negó a pronunciarse en el caso de una técnica empleada por la policía de la ciudad de Los Ángeles [Nota: “Los Angeles, City v. Lyons”, 461 US 95], aparentemente con un grado elevado de habitualidad, para someter por medio de la sofocación, con pérdida de conciencia, a presuntos delincuentes. Ni la técnica tenía por qué revestir idénticas características aún si se repitiera en el futuro, ni la situación del peticionante respecto de la ley tenía por qué ser la misma. Vale señalar que la técnica en sí podía ser razonable frente a una resistencia que la justificase. El caso, a su vez, exhibía la acumulación de dos pretensiones: reparación del daño y orden de abstenerse en el futuro (*injunctive relief*) dirigida a la Policía de Los Ángeles [Nota: “Los Angeles, City v. Lyons” 461 US 95]. La primera de dichas pretensiones daba lugar a una causa concreta, no así la segunda. En lo relativo a la *injunction*, la circunstancias de que era previsible la repetición del acontecimiento no fue tomada en cuenta por el Tribunal, obviamente, en

tanto no tenía por qué presumir la reiteración de un hecho en idénticas condiciones, especialmente siendo este lícito (o ilícito) según circunstancias que no eran presumibles por anticipado.

“En el caso que aquí nos ocupa, el supuesto es más cercano a este último que al primero. Ello así, porque la situación sobre cuya base pretende la actora que el tribunal se pronuncie es una conjetural reiteración de la omisión de cumplir con un deber, que la recurrente entiende impuesto por la Constitución y la ley, a saber, el cese del “Programa Integrador Para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional” sin ser reemplazado por otro equivalente. Si tal hipotética violación del derecho de los actores sobreviniere, y el reparo deviniere imposterizable, el orden jurídico provee la herramienta de las medidas cautelares, y no la de sentencias de carácter puramente preventivo de situaciones meramente posibles”.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el Dr. Julio B. J. Maier, en cuanto entiende que la cuestión traída a este estrado se ha tornado abstracta, todo ello por remisión a los precedentes “Jasmín, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2282/03, sentencia del 1°/10/2003; “Vidal, Sonia Miriam y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 13/4/2005; “Ridella, Roxana Andrea s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ridella, Roxana Andrea c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3831/05, sentencia del 10/8/2005 y “Bustamante Paulina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3936/05, sentencia del 12/10/2005.

Por ello, y tal como lo propician el señor juez de trámite en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 759/761 vta.), corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto y emitido el dictamen por el asesor general tutelar,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los actores Lucía Adriana Gómez, Claudia Roxana Leyes, Eustaquio Pavón, Víctor Aníbal Rodríguez y José Martín Britez.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

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

XCVII

“MAIDA BERTELEGGNI, VANESA GISELLE C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4394/05 - 14/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Vanesa Giselle Maida Bertellegni, empleada del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inició una acción de amparo en la que solicitó que se ordene al Consejo de la Magistratura local que le otorgue un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003 hasta el 1° de octubre de 2004; el pago, retroactivo desde mayo hasta noviembre de 2003 inclusive, de la suma de \$ 240 (fs. 2 vta.), más los intereses correspondientes, para que se dé cumplimiento a la escala salarial establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/5). El juez de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar a la actora los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 59/63).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 69/77). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 91/93 vta.).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 96/116) que, previo traslado a la actora que fue oportunamente contestado (fs. 120/121 vta.), fue concedido por la Sala II (fs. 123/124 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 131/133 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUÍZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se

debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 124), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por la actora. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XCVIII

“GERTZENSTEIN, MARIO C/GCBA S/DAÑOS
Y PERJUICIOS (RESP. MÉDICA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.
Caso constitucional. Invocación genérica de garantías
constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Normas
infraconstitucionales. Arbitrariedad. Principio de congruencia.
Derecho de defensa. Cobrador fiscal. Revocación de mandato

Expte. n° 4555/06 - 14/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Mario Gertzenstein inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios, en relación con el contrato que vinculó a las partes —con base en el sistema establecido por el dec. 2237/93— por el cuál la actora debía encargarse de la recaudación de la deuda fiscal en mora, con derecho a cobrar a los contribuyentes una suma por gastos y honorarios (fs. 417/434 vta.). En una presentación posterior, la parte actora expresó que por medio del dec. 439/97 se derogó el dec. 2237/93 que dio origen a su contratación como cobrador fiscal.

La demandada solicitó su rechazo (fs. 455/463).

Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional, la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso-administrativo y tributario local.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno a pagar al actor la suma de \$ 93.648, más intereses y costas (fs. 808/812 vta.).

2. Ambas partes apelaron la decisión.

La Sala I de la Cámara, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia; no hacer lugar al recurso de apelación presentado por la parte accionante y rechazar la demanda en todas sus partes; e imponer las costas de ambas instancias por su orden (fs. 854/855).

3. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 871/884 vta.) fundado en el precedente “Cobas” de este Tribunal e invocando la lesión a las garantías de la propiedad y de la defensa en

juicio y la frustración de derechos adquiridos, por una parte, y por tratarse de una sentencia que califica como írrita, arbitraria y contradictoria. El actor afirma que el recurso de inconstitucionalidad es procedente porque se debaten cuestiones de indudable carácter federal, hace referencia a los arts. 14, 17 y 18, C.N., y 10, 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 113, incs. 3º y 4º, CCBA.

El recurso fue contestado por la Procuración General de Ciudad (fs. 888/890 vta.), quien solicitó que se rechace la interpretación efectuada por la actora de los alcances del voto mayoritario del caso “Cobas”.

La Cámara concedió el recurso, salvo en cuanto a la arbitrariedad denunciada por el actor (fs. 894 y vta.).

4. El señor fiscal general adjunto propicia que el Tribunal anule la sentencia y ordene que se dicte uno nuevo conforme a derecho (fs. 900/901 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal es sustancialmente análoga a la resuelta en los autos “Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 3272/04, sentencia del 6/4/2005.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acertó la alzada al señalar, en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad, que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el actor, se revocó el fallo de Cámara y se dispuso el reenvío del caso a la otra Sala para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Los argumentos del juez Julio B. J. Maier, que en ese caso votó en minoría por rechazar la queja, son directamente aplicables, ahora, para considerar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Los fundamentos del rechazo del recurso de inconstitucionalidad contenidos en el voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz en la causa referida, en el apartado 1, resultan de aplicación en este caso.

3. Con la salvedad indicada, 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.

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

Por los argumentos brindados por la CSJN en la causa “S.R.L. Bartos y Cía. Empresa Constructora v. A. G. de Obras Sanitarias de la Nación” (Fallos, 301:1194), sentencia del 20/12/1979 —así como en Fallos, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre otros—, aplicables a la situación de autos, co-

responde señalar que, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido en forma parcial por la Cámara, la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *revocar* la sentencia de fs. 854/855 y *remitir* la causa a la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

2°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte demandada.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 6/4/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente a la Sala II.

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

XCIX

“ORMANOGLOU DE BLUM, ALICIA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

**RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad.
Caso constitucional. Invocación genérica de garantías
constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Normas
infraconstitucionales. Arbitrariedad. Principio de congruencia.
Derecho de defensa. Cobrador fiscal. Revocación de mandato**

Expte. n° 4575/06 - 14/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La abogada Alicia Ormanoglou de Blum inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios, en relación con el contrato que vinculó a las partes —con base en el sistema establecido por el dec. 2237/93— por el cual la actora debía encargarse de la recaudación de la deuda fiscal en mora, con derecho a cobrar a los contribuyentes una suma por gastos y honorarios (fs. 628/644 vta.). En una presentación posterior, la parte actora expresó que por medio del dec. 439/97 se derogó el dec. 2237/93 que dio origen a su contratación como cobrador fiscal.

La demandada solicitó su rechazo (fs. 662/670).

Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional, la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso administrativo y tributario local.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno a pagar al actor la suma de \$ 93.144, más intereses y costas (fs. 980/984 vta.).

2. Ambas partes apelaron la decisión.

La Sala I de la Cámara, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia; no hacer lugar al recurso de apelación presentado por la parte accionante y rechazar la demanda en todas sus partes; e imponer las costas de ambas instancias por su orden (fs. 1030/1040 vta.).

3. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1057/1070 vta.) fundado en el precedente “Cobas” de este Tribunal e invocando la lesión a las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio y la frustración de derechos adquiridos, por una parte, y por tratarse de una sentencia que califica como írrita, arbitraria y contradictoria. El actor afirma que el recurso de inconstitucionalidad es procedente porque se debaten cuestiones de indudable carácter federal, hace referencia a los arts. 14, 17 y 18, C.N., y 10, 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 113, incs. 3º y 4º, CCBA.

El recurso fue contestado por la Procuración General de Ciudad (fs. 1074/1076), quien solicitó que se rechace la interpretación efectuada por la actora de los alcances del voto mayoritario del caso “Cobas”.

La Cámara concedió el recurso, salvo en cuanto a la arbitrariedad denunciada por el actor (fs. 1079 y vta.).

4. El señor fiscal general adjunto propicia que el Tribunal anule la sentencia y ordene que se dicte uno nuevo conforme a derecho (fs. 1087/1088 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal es sustancialmente análoga a la resuelta en los autos “Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de in-

constitucionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 3272/04, sentencia del 6/4/2005.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acertó la alzada al señalar, en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad, que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el actor, se revocó el fallo de Cámara y se dispuso el reenvío del caso a la otra Sala para que dicte un nuevo pronunciamiento—.

Los argumentos del juez Julio B. J. Maier, que en ese caso votó en minoría por rechazar la queja, son directamente aplicables, ahora, para considerar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Los fundamentos del rechazo del recurso de inconstitucionalidad contenidos en el voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz en la causa referida, en el apartado 1., resultan de aplicación en este caso.

3. Con la salvedad indicada, 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.

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

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

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *revocar* la sentencia de fs. 1030/1040 vta. y *remitir* la causa a la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

2°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte demandada.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 6/4/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente a la Sala II.

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

C

“FERNÁNDEZ, ANDREA PAULA Y OTROS C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4391/05 - 14/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Andrea Paula Fernández y Mercedes Falke, empleadas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires iniciaron una acción de amparo para que se ordene al Consejo de la Magistratura local que les otorgue un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003; el pago, retroactivo desde el 1° de mayo de 2003, de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se dé cumplimiento a la escala salarial establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/5 vta.). El juez de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar a las actoras los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 95/100).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 102/114). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 135/137 vta.).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 141/164) que, previo traslado a la actora que fue oportunamente contestado (fs. 170/179), fue concedido por la Sala II (fs. 181/182 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 189/192).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 182), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28/9/2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por las actoras. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada por el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CI

“FRANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO”

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Construcción. Contrato de adhesión. Principio *in dubio pro administrado*. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad. Resolución extrajudicial. Incumplimiento contractual

Expte. n° 4317/05 - 14/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Franova S.A. presentó un recurso ordinario de apelación (fs. 794) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario agregada a fs. 787/93. La decisión cuestionada confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda por daños y perjuicios entablada contra la por entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 740/749 vta.).

2. El 3/5/1993 Franova S.A. inició una acción contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con el fin de que ésta le abonara una indemnización de \$ 6.570.000, o lo que en más o en menos resultara al finalizar el proceso, por el incumplimiento de distintas prestaciones contractuales (fs. 58/70 vta.).

Según surge del expediente, las partes en litigio comenzaron su vínculo el 28/10/1980 (conf. boleto de compraventa de fs. 16/20 vta.). Por entonces, la Ciudad prometió en venta un inmueble de su propiedad ubicado en Av. Escalada, fracción C de la Manzana 120. En dicha oportunidad también se acordó, por un lado, que en el plazo máximo de 90 días —contados a partir del 04/09/1980— se otorgaría la correspondiente escritura traslativa de domi-

nio y, por otra parte, que Franova S.A. debía presentar los planos de su proyecto urbanístico para el sector en los 120 días posteriores al acto de escrituración. No obstante, la escritura fue otorgada el 29/10/1981, en tanto que la actora presentó sus planos 8 meses antes de la fecha mencionada.

Cuando se celebró la transferencia, los contratantes se comprometieron a cumplir una serie de contraprestaciones dentro de los 36 meses siguientes:

- a) Franova S.A. tenía que construir un edificio de 3 plantas, “en tira”, en los terrenos adquiridos. Para ello, se obligaba a presentar los correspondientes detalles técnicos de la obra dentro de los 120 días posteriores a la firma de la escritura, y a comenzar con la edificación no más de seis meses después de la compra.
- b) Como contrapartida, la Ciudad debía realizar obras de infraestructura en el terreno, y aprobar el plan de la actora dentro de los 30 días de presentado, aunque podía formularle observaciones al proyecto.

4. En el escrito inicial, la actora relató que la MCBA no cumplió de manera inmediata con la obligación de escriturar, mientras que Franova S.A. presentó los planos correspondientes incluso antes de que se celebrara la transferencia. Asimismo, indicó que las observaciones que se formularon al proyecto original fueron contestadas por la empresa en mayo de 1981, frente a lo cual el Estado municipal se tomó más de 10 meses para aprobarlas, y otros 6 sólo para notificarle tal decisión.

Subrayó, además, que el 4/1/1984 tuvo que solicitar a la Ciudad una nueva adecuación del proyecto —en ejecución desde noviembre de 1982— por el posible fracaso del plan urbanístico, la escasa capacidad portante del subsuelo y la presencia de napas de agua a poca profundidad; ese pedido fue aprobado en el año 1992, después de “múltiples actuaciones, incluso con pedidos formulados al Honorable Consejo [*sic*] Deliberante y al señor intendente municipal” (conf. fs. 60).

Por último, Franova S.A. manifestó que el gobierno local tampoco llevó a cabo adecuadamente las obras de infraestructura a las que se había obligado e, incluso, abandonó la ejecución de algunas de ellas.

5. Sobre la base de estos elementos, la actora argumentó que la conducta de la Ciudad de Buenos Aires imposibilitó la concreción del proyecto urbanístico que ambas partes tuvieron en miras al contratar.

En virtud de los puntos reseñados, concluyó que la demandada había violado su deber de obrar con buena fe y que se encontraban acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil por daños, por lo que solicitó que se condenara al gobierno local al pago de la indemnización mencionada en el punto 2.

Para cuantificar el daño compensatorio de las prestaciones insatisfechas comparó el valor del bien efectivamente construido con aquel que debería tener de haberse desarrollado el plan urbano en la zona. A ese rubro añadió el

“daño moratorio”, que definió como la utilidad dejada de percibir desde el día 30/11/1985 (fecha límite, a su criterio, para que la MCBA cumpliera sus prestaciones). La estimación de este último concepto la dejó librada a la autoridad judicial (conf. fs. 67).

6. A fs. 113/120 vta. se encuentra agregada la contestación de la por entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La demandada, en lo que aquí importa, solicitó el rechazo de la pretensión porque la actora no había requerido —como objeto principal de su acción— el cumplimiento o la rescisión del contrato, requisito ineludible para habilitar cualquier pedido de indemnización posterior.

Complementariamente, analizó la conducta de las partes en la ejecución del contrato. Concluyó —en ese marco— que Franova S.A. “no sólo no ha cumplido los plazos contractuales [porque a 13 años de la firma de la escritura aún no había finalizado la obra], sino que lo que ha ejecutado está en abierta contradicción con lo convenido contractualmente [se construyeron, parcialmente, edificios con 6 plantas en lugar de 3]” (fs. 116).

Sostuvo, a su vez, que “[n]o ha existido incumplimiento culpable o doloso por parte de la Comuna, y por ende falta la antijuridicidad en su accionar. Los daños que dice la actora que ha sufrido, no están en relación de causalidad adecuada (art. 906, Cod. Civil) con la conducta de mi mandante en la ejecución del contrato, y la relación causal entre los daños y el supuesto incumplimiento ha resultado interrumpida por la culpa de la propia actora en el cumplimiento de sus obligaciones, pudiendo además ser consecuencia del riesgo empresario” (fs. 116 vta./117).

Sobre la estimación del daño, centralmente, rechazó por arbitraria la base de cálculo empleada por la actora (comparación del valor del m² con otra zona de la ciudad) y agregó que no procedía ningún “daño moratorio” porque la indisponibilidad de los bienes sólo era atribuible a un estado de paralización de las obras no imputable a la Municipalidad local.

Por esos motivos, solicitó el rechazo de la demanda.

7. Finalizada la etapa de producción de prueba, y superadas ciertas contingencias procesales, las partes realizaron sus alegatos (fs. 408/11 vta. y 414/32 vta.).

La actora manifestó, entre otras cuestiones, que la entidad del incumplimiento del GCBA —demostrada en la causa— era de tal magnitud que esa circunstancia podría asimilarse a un supuesto de fuerza mayor capaz de extinguir el contrato de pleno derecho, por lo cual no le correspondía ejercer una acción previa de rescisión. Sin perjuicio de ello, sostuvo que “se encuentra agregada la intimación previa formulada por mi representada, bajo expreso apercibimiento de considerar resuelto el contrato sin más trámite, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1204 del Cód. Civil” (fs. 409 vta.).

La demandada insistió con sus planteos en torno a la obligación que tenía Franova S.A. de requerir el cumplimiento de las prestaciones o la rescisión.

sión del contrato antes de exigir una reparación por daños. Subsidiariamente, consideró probado que la ex MCBA —a diferencia de la accionante— había cumplido con sus obligaciones esenciales, por lo que no se daban en este caso los presupuestos de la responsabilidad civil del Estado. A su vez, también reconoció que había autorizado las modificaciones al proyecto original que había cuestionado al responder la demanda (véase párr. 2° del punto anterior de estos resultados).

8. La jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 rechazó la demanda promovida por Franova S.A. (fs. 740/49 vta.).

Se indicó en la sentencia que “la empresa debió demandar el cumplimiento o rescisión del contrato y, en su caso los daños y perjuicios correspondientes (arts. 508, 509 y 519, Cód. Civil). Sin embargo, en el marco de lo dispuesto por el art. 1204 del Cód. Civil, no ha optado por ninguno de esos caminos y sólo reclama los respectivos daños y perjuicios como objeto principal de la acción lo que, como bien señala la demandada, resulta incompatible con el mantenimiento de la relación contractual. Las consideraciones que efectúa en el alegato acerca del pacto comisorio resultan improcedentes, toda vez que no resulta admisible en esta etapa del proceso, pues ello resulta contrario al principio de legalidad y preclusión procesal (...) Adviértase además que una pretendida rescisión contractual tampoco podría inferirse de los términos de la demanda, cuando la actora expresamente señaló allí que la obra comprometida había sido construida en aproximadamente un 50 % y estimaba que la concluiría en un plazo aproximadamente de seis meses” (fs. 745 y vta.).

Como fundamento adicional, la jueza subrayó que en esta causa tampoco se habían acreditado los presupuestos de la responsabilidad civil del GCBA (conf. fs. 745 vta./749 vta.).

9. Franova S.A. apeló la sentencia en tiempo oportuno (fs. 751). Al momento de fundar su recurso (fs. 760/771) manifestó los siguientes agravios:

- a) expresó que la jueza había prescindido de hechos relevantes para la solución del caso, por cuanto omitió que Franova S.A. había intimado a la accionada —infructuosamente— para que cumpliera con sus obligaciones de manera previa a la interposición de la demanda. Por lo tanto, según el párr. 2° del art. 1204 del Cód. Civil, el contrato se encontraba resuelto antes de que se solicitara la reparación de los daños;
- b) sostuvo que no se habían valorado correctamente las circunstancias que impidieron a la actora llevar adelante las obras en los plazos previstos. Sobre este punto, agregó que —en razón del principio de informalidad en favor del administrado— debieron haberse valorado

las múltiples gestiones que realizó ante las autoridades locales, pese a que aquellas no se habían documentado;

- c) criticó que la jueza hubiera ignorado que el cumplimiento de la empresa dependía del cumplimiento de las obligaciones del gobierno local, que fueron tenidas en miras al momento de emprender el proyecto (obras complementarias, desarrollo integral de la zona, etcétera);
- d) indicó que la sentenciante había formulado un análisis equivocado del informe pericial de donde surgen cuáles eran las obras que debía realizar la demandada, y cuál fue el grado de incumplimiento; y
- e) apuntó que la magistrada de primera instancia había interpretado erradamente el contrato (que, según sostiene la actora, era “de adhesión”) y la conducta desarrollada por las partes, soslayando que el gobierno municipal violentó el principio de buena fe que debe primar en este tipo de vínculos.

El GCBA, por su parte, contestó las objeciones de la apelante (fs. 775/780) y, en consecuencia, solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia. Para ello, defendió el razonamiento que fundó la sentencia y —asimismo— acompañó fotos de la obra ya terminada (este hecho se habría producido durante la tramitación del litigio) para sustentar que el vínculo contractual no se encontraba resuelto, por lo que resultaba jurídicamente erróneo solicitar la reparación de los daños denunciados.

10. A fs. 787/793 obra la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó el rechazo de la demanda.

Los camaristas consideraron que las partes habían celebrado un contrato administrativo; a su vez, entendieron que más allá de que pueda o no aplicarse directamente el instituto del pacto comisorio a esa clase de actos jurídicos, no se verificaron en este caso sus requisitos de procedencia. Puntualmente, sostuvieron que la actora no logró demostrar ni el cumplimiento total de sus obligaciones, ni alguna razón que justificara su omisión; por esa constatación concluyeron que “la intimación obrante a fs. 335/336 del expte. adm. n° 57.158/82 carece de la virtualidad jurídica que pretende asignarle la actora” (fs. 791).

En otro orden de ideas, respecto de la invocación al principio de informalismo en favor del administrado, entendieron que Franova S.A. debió aportar a la causa elementos de prueba para acreditar las gestiones que dijeron haber realizado ante la MCBA, las cuales avalarían su obrar diligente. A su vez, consideraron que la jueza de primera instancia no se apartó de los criterios que deben regir la interpretación de los contratos (puntualmente, el principio de buena fe); de igual modo descartaron que deban aplicarse a estos contratos las reglas hermenéuticas vigentes para los contratos de adhesión entre particulares.

Por último, coincidieron en afirmar que la sentenciante valoró razonadamente las pruebas producidas en autos, entre ellas, la pericial.

11. Frente a la decisión mencionada en el punto anterior, Franova S.A. interpuso el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 113, inc. 5°, CCBA y normas concordantes (fs. 794), que fue concedido por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 799).

Una vez radicadas las actuaciones antes el Tribunal la actora expresó los agravios que le ocasionaba la decisión de segunda instancia (fs. 806/809 vta.). En este sentido, expuso lo que —a su criterio— constituían errores en el razonamiento de los camaristas:

- a) respecto de la aplicación al caso del art. 1204 del Cód. Civil, la recurrente destacó que sus incumplimientos se debieron a que la demandada aportó informes técnicos deficientes. Tal es así que sus equipos de ingenieros —en la etapa precontractual— habían considerado viable el proyecto, y sólo cuando se instalaron sobre el propio terreno para comenzar con la ejecución pudieron descubrir los “graves defectos de aquella documentación” (fs. 806). Por otra parte, reiteró que las prestaciones a su cargo sólo podían efectuarse si la Ciudad cumplía con sus obligaciones; es más, cuestionó que los camaristas hubieran considerado innecesario analizar la entidad del incumplimiento denunciado debido a que la parte demandante no finalizó las obras en el plazo convenido;
- b) defendió sus referencias a las gestiones informales que habría llevado adelante con funcionarios de la MCBA. En este sentido, criticó el razonamiento de la Cámara en tanto “no relaciona en su pensamiento que la referencia al informalismo tuvo por finalidad resaltar que en la realidad cotidiana de las relaciones entre la Ciudad y el contratista, el informalismo es finalmente utilizado en contra de éste, puesto que son los funcionarios los que no dan cumplimiento a las ‘formalidades esenciales’” (fs. 807);
- c) reafirmó que la doctrina elaborada sobre los contratos de adhesión es plenamente aplicable al caso. A su vez, la consideró complementaria de la línea jurisprudencial fijada por la CSJN, en tanto ésta exige que la Administración —en el marco de un contrato— actúe siguiendo el principio de buena fe, más allá del régimen de exorbitancia del que se puede valer. De modo concordante, invocó el principio *in dubio pro administrado* como regla aplicable a los fines de interpretar adecuadamente el contrato en cuestión;
- d) entendió como “afirmación dogmática carente de apoyatura en la causa” (fs. 808 vta.) el argumento que ensayaron los camaristas para rechazar su crítica a la valoración de las pruebas que realizó la jueza de primera instancia. Aquellos habían concluido que Franova S.A.

no cuestionó fundadamente ese punto de la sentencia, sino que manifestó una mera discrepancia al respecto. La recurrente expresó —en este sentido— que al apelar la sentencia ante la Cámara, sostuvo que si bien la primera sentenciante había advertido ciertos incumplimientos por parte de la Ciudad, concluyó que no existía prueba suficiente de los mismos, soslayando que “[e]l peritaje es concluyente en punto a lo efectivamente realizado y de la prueba documental resulta claramente que era responsabilidad de la Ciudad ejecutar las obras [de infraestructura] en su totalidad. Las fotografías tomadas por el experto son demostrativas del estado de las obras de infraestructura y la magistrada ni siquiera las menciona (...) La memoria de agravios de la actora (...) ha cumplido con la obligación de realizar un análisis razonado de la sentencia de primera instancia, punto por punto, demostrando que el fallo no ha realizado adecuadamente una meritución de la prueba (...) La descalificación del agravio que el fallo de segunda instancia consigna constituye una arbitrariedad lógica, pues la estructura formal que exhibe el razonamiento del señor juez de Cámara no se concilia con las leyes del pensar correcto” (fs. 808 vta./809); y, por último,

- e) sostuvo que los agravios reseñados demuestran que la sentencia recurrida “se apoya en argumentos que le otorgan fundamentación sólo aparente, ineficaces para sostener la solución adoptada y coloca a esta parte en una situación lindante con la privación de justicia, traduciendo en forma directa e inmediata el menoscabo de la garantía constitucional de defensa en juicio” (fs. 809).

12. El GCBA contestó el traslado oportunamente conferido (fs. 813/819). En esa ocasión defendió el fallo de la Sala I desde diferentes enfoques:

- a) sostuvo que la recurrente analizó parcialmente la sentencia apelada. Transcribió ciertos párrafos de la decisión en crisis y concluyó que Franova S.A. no pudo refutar lo afirmado por la Cámara al rechazar la supuesta existencia de una resolución extrajudicial del contrato; sobre este punto, destacó lo dicho por los camaristas en cuanto a que la firma demandante reconoció en su escrito inicial que aún no había cumplido con las obligaciones a su cargo. Tampoco —según su criterio— la apelante había logrado demostrar fehacientemente —tal como lo exigió la Sala I— que sus incumplimientos estuvieran justificados (por caso, a fs. 814 vta., mencionó la inaceptable “falta de previsión” que motivó los pedidos de la actora para modificar el proyecto). Es por ello que atribuyó dogmatismo a la accionante cuando solicita que se analicen las circunstancias que rodearon la contratación, y ligereza al pretender que se atribuya al requerimiento extrajudicial presentado el 26/6/1992 los efectos resolutorios que consagra el art. 1204 del Cód. Civil. Para mayor énfasis, expresó que

—sobre todo en contratos administrativos, donde está involucrado el interés público— no puede el juez apartarse del texto de la ley, que sólo otorga facultad resolutoria a la parte cumplidora;

- b) respecto del agravio vinculado al principio de informalismo en favor del administrado y la existencia de reuniones en la MCBA que evidenciarían la disímil conducta contractual de las partes, consideró que ese agravio fue desestimado por la Sala I simplemente porque Franova S.A. ni siquiera intentó probar por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición las gestiones extrajudiciales que dice haber realizado (fs. 817). De esta manera entendió que la recurrente cae en afirmaciones abstractas, vacías de contenido concreto y totalmente infundadas, relativas a los principios que deben guiar a los jueces al momentos de resolver un caso;
- c) rechazó que la CSJN sostenga un principio hermenéutico que postule: “Las cláusulas de un contrato administrativo deben interpretarse en contra de la Administración” (fs. 817 vta.). Complementariamente, negó que la regla *in dubio pro administrado* fuera aplicable a las contrataciones administrativas que, por definición, se apoyan en una finalidad pública; y,
- d) convalidó el modo en el que la jueza de primera instancia ponderó las pruebas obrantes y, asimismo, la decisión de los camaristas que hicieron suya aquella valoración. Reforzó su postura con la mención del art. 310, CCAyT que otorga a los magistrados un margen de discrecionalidad para formar su convicción, por lo que no se advierte en el caso ningún supuesto de arbitrariedad de sentencia.

13. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 822/823 vta.), entendió que no le correspondía expedirse en este caso por no encontrarse comprometido el interés social, ni hallarse en juego normas constitucionales o de derecho público que trasciendan el interés de las partes, y porque —para dictaminar sobre el fondo del pleito— debía introducirse en la valoración de los hechos y de la prueba, tarea ajena a su intervención.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso ordinario de apelación cumple con los requisitos que fijan el art. 26, inc. 6º de la ley 7, y los arts. 38 y ss. de la ley 402. Por lo tanto, debe ser admitido.

2. Franova S.A. cuestiona la decisión de la Cámara de Apelaciones que confirmó el rechazo a su pretensión porque considera que se derivó de un razonamiento erróneo y, en ciertos puntos, arbitrario.

La recurrente, en síntesis, pretende que el Estado local le abone una suma de dinero por los daños y perjuicios que dice haber sufrido a raíz de la

conducta contractual de la demandada; a su modo de ver, el obrar del GCBA impidió la ejecución del contrato que los vinculaba en los términos pactados.

5. La actora sostuvo —no desde su escrito inicial, sino en su alegato y presentaciones siguientes— que el contrato cuyo incumplimiento originó la demanda se encontraba resuelto extrajudicialmente al momento de iniciarla (según su modo de ver, la ruptura del vínculo surge de la intimación obrante a fs. 335/6 del expte. adm. n° 57.158/82). Invocó la aplicación de lo dispuesto en el párr. 2° del art. 1204, Cód. Civil que prescribe:

“*Art. 1204:* En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso (...)”

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios (...)”.

Reitero, pues, que la actora no mencionó en la demanda que hubiera operado la resolución extrajudicial del contrato. El ofrecimiento como prueba del expte. adm. n° 57.158/82 no suple la omisión de la accionante, cuya carga era la de exponer fundadamente los argumentos de sus pretensión al tiempo de interponer la acción. Admitir lo contrario conduciría al absurdo de que la demanda se encontraría “ampliada” con todas y cada una de las presentaciones efectuadas en el expediente administrativo, aunque aquellas no hubiesen sido invocadas en el escrito de inicio. No obstante, como se verá en lo que sigue, esta cuestión no es mantenida por las partes al tiempo de recurrir al Tribunal.

4. En lo que aquí interesa, los camaristas —al fallar— realizaron el siguiente análisis: como Franova S.A. no pudo justificar sus propios (y reconocidos) incumplimientos contractuales, no estaba en condiciones de resolver extrajudicialmente el vínculo. En este sentido, la intimación de fs. 335/6 del expte. adm. n° 57.158/82 “carece de la virtualidad jurídica que pretende asignarle la actora” (fs. 791).

Los errores en el razonamiento que Franova S.A. imputa a los miembros de la Sala I no son tales. El fallo aparece fundado porque de la compulsa de la prueba producida —y de las manifestaciones de la recurrente— se sigue que no se dieron en la causa los presupuestos que hubieran habilitado a la actora a resolver el contrato extrajudicialmente.

5. El art. 1201 del Cód. Civil indica: “*Art. 1201.*— En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

Por lo tanto, tal como surge del fallo recurrido, para que Franova S.A. pudiera —en los términos del art. 1204 del Cód. Civil— intimar al GCBA a cumplir con las prestaciones convenidas, debería haber satisfecho sus propias obligaciones o, en su defecto, dar motivos suficientes para justificar no haberlo hecho.

Cuando la recurrente fundamentó su apelación (fs. 806/9 vta.) sostuvo diversos cuestionamientos; no obstante, todos ellos tienen un cauce común: pretenden demostrar que el Estado local incumplió el contrato de tal modo que justificó la conducta de la actora y, asimismo, le ocasionó los daños y perjuicios que reclama.

Coincido con los camaristas en que de la lectura de los antecedentes administrativos ofrecidos como prueba (expte. n° 57.158/82) no se concluye que los comprobados incumplimientos del GCBA impidieron a Franova S.A. culminar los edificios más de diez años después de que se inició su construcción. No se demostró que la Ciudad hubiera desnaturalizado el riesgo empresario propio de esta clase de emprendimientos; es más, se advierte un aceptable nivel de respuesta a los pedidos de modificación del proyecto formulados por la actora. En este sentido, destaco que según el punto e) de la escritura traslativa de dominio (conf. fs. 6 y, en sentido concordante, fs. 17, 19 y 20) el Estado local tenía el derecho de exigir —y no lo hizo— que se retrotrayera el dominio de lo vendido si —tal como ocurrió— su contraparte no finalizaba la obra luego de 4 años de iniciada. Los magistrados, incluso, subrayaron acertadamente que aquellas reformas se debieron a una —al menos— inaceptable falta de previsión de Franova S.A. respecto de las contingencias propias de esta clase de emprendimientos. A su vez, considero que la actora pretendió demostrar la entidad del incumplimiento denunciado agrupando inconvenientes ya resueltos por las partes —por caso, los que motivaron el cambio de proyecto durante los primeros años de ejecución— con supuestas faltas posteriores del GCBA. Esta invocación de situaciones pasadas —que fueron solucionadas adecuadamente— para intentar darles valor como violación de deberes atribuibles al Estado es una forma de volver contra los propios actos, lesiva de la exigencia de buena fe contractual. Por lo tanto, entiendo que fueron correctamente valoradas las circunstancias que rodearon el negocio jurídico durante todo su transcurso.

Respecto a las “gestiones informales” que Franova S.A. dice haber realizado con la Ciudad para dar impulso continuo al proyecto, considero que la actora no probó esas gestiones que invoca, tal como ella misma lo reconoce. El principio de informalidad a favor del administrado no releva de la carga de acreditar los hechos que se alegan en un proceso. La afirmación de la recurrente en el sentido de que “no pueden los jueces especializados en materia contencioso administrativa desconocer las nefastas prácticas burocráticas que imperan en las dependencias de la Administración” no logra dar argumentos suficientes para eximirla de sus deberes procesales.

Tampoco se violentaron en este proceso las reglas hermenéuticas aplicables. El alcance que la recurrente pretende otorgar al principio *in dubio pro administrado* no es acertado. Los contratos administrativos se originan en un interés público; por lo tanto, no es posible trasladar a su régimen jurídico las reglas vinculadas a los “contratos de adhesión” entre privados, donde están en juego sólo intereses particulares.

Por último, las objeciones de Franova S.A. sobre el modo en que los jueces valoraron las pruebas carecen de fundamentación adecuada para demostrar la supuesta arbitrariedad que denuncia. En ningún momento del proceso se concluyó que el Estado local había dado cumplimiento a todas sus obligaciones; lo que sí se afirmó es que no estaba demostrado que las faltas del GCBA justificaron aquellas en las que incurrió la actora. Los jueces de las instancias anteriores no desconocieron las pruebas producidas y entendieron que existían incumplimientos recíprocos. La decisión de la Sala I —cuyo contenido comparto luego de analizar la causa— no excede del marco del art. 310, CCaYT. Por lo tanto, también debe descartarse este agravio.

6. La recurrente, en virtud de lo dicho, no pudo demostrar —tampoco en esta instancia— las razones que justificarían sus incumplimientos.

Si, entonces, Franova S.A. no tenía la capacidad de intimar al GCBA a cumplir con las prestaciones debidas —conf. art. 1201, Cód. Civil—, es correcta la conclusión adoptada por la Cámara en cuanto a que el escrito agregado a fs. 335/6 del expte. adm. n° 57.158/82 no dio comienzo al procedimiento de rescisión extrajudicial previsto en el art. 1204, Cód. Civil. Por lo tanto, el contrato se encontraba vigente al momento de presentar la demanda.

Como las partes todavía estaban vinculadas contractualmente al inicio del pleito, la actora —conf. art. 505, Cód. Civil— no podía directamente requerir el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Franova S.A. debió, una vez cumplidas sus obligaciones, exigir (judicial o extrajudicialmente) el cumplimiento de las que correspondían al Estado local para luego, de corresponder, solicitar la rescisión y la reparación pecuniaria.

Por estos motivos, corresponde no hacer lugar a la apelación presentada y confirmar la sentencia de la anterior instancia en todo cuanto fue motivo de agravio, con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Franova S.A. interpone recurso ordinario de apelación contra la sentencia de fs. 787/793, a la que atribuye una falta a “las reglas de la sana crítica racional” (fs. 807 vta.), en tanto dicho pronunciamiento descartó la aplicación del pacto comisorio al presente caso y, en consecuencia, desestimó el reclamo por daños y perjuicios planteado por la actora a fs. 58/70 vta.

2. El desacuerdo sustantivo que pone de manifiesto esta controversia remite a los recaudos de procedencia de la cláusula comisorio en una variante

anómala que, además, no está expresamente contemplada en los arts. 1203 y 1204 del Cód. Civil, reglamentarios de este instituto: el supuesto de *incumplimiento recíproco*. Si se encara, como estimo adecuado hacerlo, un análisis conceptual de este caso difícil, considero que la sentencia criticada no ha sido exhaustiva. Como lo sugiere Franova, en el caso de incumplimiento recíproco el juez debe ponderar la entidad de los respectivos incumplimientos a fin de determinar si entre las faltas contractuales de una y otra parte es posible establecer un nexo de causalidad, así como la relación de proporcionalidad necesaria para la resolución del contrato a cargo de alguno de los contratantes. En tal sentido, comparto el criterio que aporta José María Gastaldi en la obra que dedica al pacto comisorio: “En realidad, el principio [de operatividad o inoperatividad de esta cláusula] no es absoluto y entendemos sólo podrá aplicarse *si los contratantes incumplieron en forma autónoma cada uno*” (GASTALDI, José María: *Pacto comisorio*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985, p. 147, énfasis suplementado).

Desde este punto de vista, el cumplimiento reviste carácter autónomo si y sólo si la satisfacción de las obligaciones asumidas por una de las partes del vínculo contractual (o por ambas) no depende del cumplimiento de *sus* obligaciones por la contraparte. Asimismo, la dependencia puede significar la subordinación del cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratistas al cumplimiento de las de su contraparte, sin que se verifique la dependencia opuesta. Por oposición al escenario anterior, la relación puede ser de interdependencia.

En el caso examinado, Franova se agravia principalmente en su recurso porque “lo que no advierte en su razonamiento el sentenciante es que *las prestaciones a cargo del contratista dependían de las que se hallaban a cargo de la Ciudad*” (fs. 806 vta.; doble énfasis en el original). Tras resaltar la necesidad de que el juzgador apreciara y explicara la clase e importancia de las faltas de su contraparte, determinara si entre los incumplimientos mutuos existía un nexo de causalidad y si su magnitud era suficiente para tener por resuelto el contrato por exclusiva responsabilidad de una de las partes, la recurrente afirma que “el sentenciante de grado concluye que... ‘no resulta necesario analizar... la entidad del incumplimiento’ de la Ciudad” (fs. 806 vta.).

La formulación más extrema de este agravio consta en el alegato de Franova, en el que la empresa manifiesta que, por su envergadura, el incumplimiento de la contraria “se asimila al llamado ‘cumplimiento imposible’: [En tal caso], [l]a facultad que se le concede al cumplidor, quien puede obrar a su arbitrio de una u otra manera, *se torna de inútil ejercicio cuando, en la imposibilidad de cumplimiento, la extinción del contrato se opera en forma compulsiva, involuntaria, esto es, cuando no hay opción alguna*” (fs. 409; los destacados corresponden al texto original). En el mismo escrito, remata la actora al señalar que la omisión de cumplir con las obligaciones a su cargo es asimilable al supuesto de fuerza mayor y crea un obstáculo imprevisible, irre-

sistible e insuperable para el cocontratante, extremo o circunstancia que lo exime de ejecutar el contrato. Así, este supuesto es equiparable al *fait du prince*, “en la medida en que su imprevisibilidad e irresistibilidad *extingue el pacto y da lugar al reclamo directo de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos*” (fs. 409, énfasis en el original). La conclusión de este razonamiento es que, en el caso, la fuerza mayor ha constituido causa de la extinción del contrato de pleno derecho, en razón de lo cual nace la facultad de la parte imposibilitada de cumplir para demandar por los daños y perjuicios resultantes.

3. Del boleto de compraventa y la escritura traslativa de dominio surgen como obligaciones relevantes de la ex Municipalidad las de “completar [dentro del plazo de 36 meses de iniciada la construcción] las obras de infraestructura y servicios siguientes: pavimentos, veredas y senderos peatonales públicos, forestación y parquización de veredas, boulevares, veredas peatonales, plazas y golf, red eléctrica, canalización telefónica, iluminación de calles, plazas y senderos peatonales, red de agua corriente, de gas, cloacal y desagües pluviales...” (fs. 103 vta./104).

Aunque esta enumeración no es exhaustiva, ella resulta suficiente para ponderar la adecuación del planteo formulado por Franova en su demanda y sostenido hasta el recurso sobre el que debe pronunciarse el Tribunal. Al examinar los supuestos incumplimientos de la demandada invocados por la empresa, llama mi atención la motivación subyacente a uno de los varios pedidos de readecuación del proyecto formulados por aquella: “...se advirtieron nuevos problemas: Además de un probable fracaso del plan urbanístico, la escasa capacidad portante del subsuelo sumado a la presencia de napas de agua a poca profundidad. (...) Sobre la escasa capacidad portante del subsuelo, vengo a manifestar que nuevas circunstancias tornan más difícil la situación y agravan los daños; y, ello, porque conforme surge de la denuncia y acta notarial adjuntas ... se ha producido un nuevo anegamiento por aguas que surgiendo del subsuelo, han inundado los terrenos de la obra perjudicando sus cimientos, lo que implica un perjuicio pues incide sobre el valor actual de la obra e implica, además, trabajos y costos complementarios” (fs. 59 vta./60). La solicitud de readecuación del proyecto de que da cuenta el párrafo transcrito es elocuente a partir de un simple cotejo de fechas: el vínculo entre las partes se formalizó el 28 de octubre de 1980, la construcción comenzó en noviembre de 1982, el pedido de readecuación del proyecto en función de la detección de anomalías graves al que he aludido se formuló el 4 de enero de 1984, fue aprobado por la Ciudad en 1992 y Franova demandó a la entonces Municipalidad el 3 de mayo de 1993.

4. Por su menor magnitud relativa, haré a un lado el examen de supuestos incumplimientos anteriores que la empresa Franova S.A. imputa a la Ciudad (principalmente, el referido a la obligación de escriturar en término y a la

demora superior a diez meses para aprobar las contestaciones de la empresa a las observaciones formuladas por la contraparte al proyecto original, así como la de un nuevo período de seis meses para notificar tal decisión). Ahora bien: la naturaleza de los inconvenientes notificados por la empresa en 1984 (escasa capacidad portante del subsuelo, presencia superficial de napas de agua y un nuevo anegamiento) es un factor indicativo de la probable configuración del supuesto “anómalo” que tornaría operativo el pacto comisorio en el *sub examine*, considerado en el segundo apartado de mi voto. En efecto, resulta *prima facie* verosímil aceptar que se verifican en la causa los requisitos de procedencia de la cláusula comisorio, por lo que la actora, no obstante haber incumplido algunas de las obligaciones asumidas, podría invocarla en su modalidad tácita, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 1204 del Cód. Civil, párr. 2º, a fin de solicitar daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato sin culpa de su parte. En efecto, cabe interpretar que la naturaleza de las prestaciones debidas por la empresa dependían del cumplimiento de aquellas (centrales o esenciales) contraídas por la entonces Municipalidad (la construcción de un edificio en terrenos que fueran razonablemente aptos para ese fin). Asimismo, Franova satisfizo la exigencia de intimar a su contraparte a cumplir sus obligaciones en un plazo determinado para, de otro modo, dar por “resueltas, sin más, [aquellas] emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios” (art. 1204, Cód. Civil, párr. 2º).

Así, resulta plausible la afirmación de la apelante, en el sentido de que la conducta de la Ciudad imposibilitó la concreción del plan urbanístico que ambas partes tuvieron en mira al contratar (independientemente de sobre cuál de las partes recaía, total o parcialmente, la obligación de ejecutar y mantener las obras de infraestructura, o de si hubo propiamente “abandono” del emprendimiento de urbanización por alguna de ellas, como se discute largamente en este caso).

En otras palabras: a) el cumplimiento de las obligaciones esenciales de Franova no revestía carácter autónomo debido a su dependencia del cumplimiento de *sus* prestaciones esenciales por parte de la Ciudad; b) la intimación previa de Franova, exigida como recaudo de procedencia del pacto comisorio por la normativa civil, obra a fs. 335/336 del expte. adm. n° 57.158/82, que se adjunta a las actuaciones principales.

5. Ahora bien: Franova debía explicar de manera precisa, y acreditar, las razones concretas por las que sus obligaciones (cuando menos, aquellas esenciales) no eran autónomas por depender, para su satisfacción, del cumplimiento de ciertas prestaciones (cuando menos, las principales) por parte de la Ciudad. No es suficiente aseverar —más allá de la verosimilitud aparente de esta afirmación— que “la obligación de edificar sobre terreno anegado es impracticable”. Por lo contrario, a la luz de la magnitud del proyecto y del

plan de urbanización encarados, la parte que sustenta un reclamo en la complejidad del vínculo contractual asumido debe *explicitar* y *probar* la modalidad concreta de la dependencia o interdependencia obligacional y, de este modo, las razones específicas por las cuales el cumplimiento de las propias prestaciones no revestía autonomía en el sentido repetidamente explicado en este voto.

Franova ha descripto, en términos sumamente genéricos, un marco contractual en que tal falta de autonomía resulta sencillamente representable y hasta ostensible, pero no ha logrado explicar cómo se concretaba (en qué cláusulas, con qué consecuencias) la dependencia de sus obligaciones con relación a las de su contraparte. Tampoco resultó satisfactoria la actuación de la empresa en el aspecto probatorio de su vínculo contractual con la Ciudad como subordinado a lo que ésta cumpliera o incumpliera, así como de las razones que permitirían comprender el desarrollo imperfecto que caracterizó a dicho vínculo. Más aún: la asimetría de la prueba ofrecida por cada parte, y su dispar contundencia, aparece claramente reflejada en el alegato de la demandada (fs. 419/430) y, en particular, en oportunidad de ofrecer ella prueba pericial y explicar el contenido de las impugnaciones formuladas al informe presentado por el perito de Franova, cuyo rigor científico la Ciudad descalifica en ese escrito, a mi juicio, convincentemente.

6. Lo expuesto hasta aquí torna ocioso encarar el análisis de otras cuestiones examinadas en la sentencia recurrida (v. gr., la procedencia del pacto comisorio en el marco de una contratación administrativa, la incidencia del riesgo empresario y el deber de previsibilidad extrema en el marco de un acuerdo de voluntades caracterizado por su “finalidad eminentemente pública” —fs. 788 vta.—, el carácter propiamente “administrativo” del acuerdo analizado, el cuestionamiento oblicuo, pero por demás interesante, de la naturaleza del contrato en el dictamen del Fiscal Adjunto, quien no advierte de qué modo en este caso está comprometido el interés social, o norma alguna de derecho público que trascienda el mero interés de las partes; fs. 823 vta.).

De este modo, aunque mi voto difiere del fallo criticado en el énfasis disímil que cada uno asigna a estos aspectos de la controversia —y aunque no haga más las conclusiones de los camaristas en torno a ciertos temas controvertidos de doctrina, como los recaudos de procedencia del pacto comisorio en caso de incumplimiento recíproco, o la aplicabilidad extendida de este instituto al ámbito de los contratos administrativos—, no afecta a la sentencia impugnada el defecto genérico que la recurrente le atribuye, esto es, su supuesta falta a las reglas de la sana crítica racional (fs. 807 vta.), o su alegada incursión sistemática en errores intelectuales (fs. 807 vta./809), que colocarían a la apelante en una situación lindante con la privación de justicia (fs. 809).

El insuficiente desarrollo conceptual del carácter “no autónomo” (o heterónomo) del incumplimiento de Franova, la insuficiente prueba ofrecida por esta parte para persuadir al juzgador de la aplicabilidad al caso del pacto

comisorio y hasta la afirmación contradictoria con este temperamento que exhibe la demanda (“lo construido... en la actualidad representa casi el 50 % del proyecto definitivo, estimándose que la terminación demandará tan solo [sic] seis meses de trabajo”, fs. 60 vta.) fundan mi convicción respecto de la improcedencia del recurso examinado por el Tribunal.

7. Por los fundamentos expuestos, voto por rechazar el recurso de apelación ordinario planteado por Franova S.A. a fs. 794, confirmar la sentencia de la Cámara en todo cuanto fue motivo de agravio e imponer las costas a la vencida, por lo que la solución que propicio es concordante con la que propone la señora jueza de trámite, mi colega Alicia Ruiz, sobre la base de argumentos que resultan parcialmente sobrepuestos a los que ella expone en su voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz y sólo agrego las siguientes puntualizaciones adicionales:

2. La nota de fecha 26/6/1992 mediante la cual Franova S.A. exhortó a la demandada en sede administrativa para que cumpla con las obras comprometidas en el contrato que habían suscripto, “bajo apercibimiento de considerarlo resuelto sin más trámite y accionar por daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto por el art. 1204, Cód. Civil” (fs. 336, antecedente 8, expte. adm. n° 57.158/82), no fue siquiera mencionada en el escrito de demanda, a pesar de que la pieza aludida contiene un relato detallado de las circunstancias relevantes de la vida del contrato que motiva este juicio. Lógicamente, la demandada en su contestación tampoco se refirió a ella. En suma, el tratamiento de la cuestión de la aplicación o no al caso de las reglas del pacto comisorio implícito parece exceder los términos en que fue trabada la *litis*, dado que la actora recién hizo referencia al art. 1204 Cód. Civil en su alegato (fs. 408/411). Nótese que la señora jueza de primera instancia, en su sólido pronunciamiento, puso de resalto que “las consideraciones que (la actora) efectúa en el alegato acerca del pacto comisorio resultan improcedentes, toda vez que no resulta admisible en esa etapa del proceso deducir pretensiones omitidas oportunamente alterando el objeto del proceso, pues ello resulta contrario al principio de legalidad y preclusión procesal (conf. FALCÓN, E.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. III, edición 1984, pp. 433 y ss.; FENOCHIETTO, Carlos: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, edición 1999, pp. 712 y ss.). Adviértase además que una pretendida rescisión contractual tampoco podría inferirse de los términos de la demanda, cuando la actora expresamente señaló allí que la obra comprometida había sido construida en aproximadamente un 50 % y estimaba que la concluiría en un plazo de aproximadamente seis meses” (fs. 745).

De todos modos, tal como lo sostiene la señora jueza de trámite en el punto 3 de su voto, esta cuestión no ha sido objeto de agravio y, en consecuencia, nada corresponde decidir por este motivo.

7. Más allá de las objeciones que desde el punto de vista procesal se efectúan en el considerando precedente, ante la forma en que se resuelve el caso y la ausencia de agravio de la parte interesada, en rigor, tampoco corresponde expedirse acerca de la posibilidad concreta que, en virtud de la naturaleza del contrato celebrado, existía en cabeza de Franova S.A. para intimar extrajudicialmente a la Ciudad al cumplimiento de las obras comprometidas en el contrato “bajo apercibimiento de considerarlo resuelto sin más trámite y accionar por daños y perjuicios, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1204, Cód Civil” (fs. 336, antecedente 8, expte. adm. n° 57.158/82).

La Cámara resolvió rechazar la demanda debido a que, a partir de la prueba colectada en autos, constató que Franova S.A. incumplió sus obligaciones contractuales y, además, no pudo demostrar que los apuntados incumplimientos fueran consecuencia directa e inmediata de los incumplimientos de su contraparte. En estas condiciones —afirmó la Cámara—, la intimación efectuada por Franova S.A. con apoyo en el art. 1204, Cód. Civil “carece de la virtualidad jurídica que pretende asignarle la actora” (fs. 791).

Desde esta perspectiva, reitero, no es indispensable expedirme sobre el punto para decidir el caso, a partir de los agravios propuestos por la recurrente.

Sin embargo, a modo de *obiter dicta*, resulta pertinente aclarar que nadie ha puesto en duda en este juicio que el contrato celebrado entre las partes es de naturaleza administrativa. Negarlo sería ciertamente inútil, toda vez que, en forma expresa, se dispuso que “el objeto primordial de esta venta es lograr materializar el desarrollo de un sector de la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires” (conf. anexo al boleto de compraventa obrante a fs. 96). Tal circunstancia también surge de manera nítida de la escritura mediante la cual se formalizó el vínculo, donde se observa, por ejemplo, que: 1. Los compradores no pueden transmitir el dominio, venderlo o donarlo hasta haber completado las construcciones a su cargo, aun cuando hubieran cancelado totalmente el precio de venta. 2. Los compradores deben construir edificaciones de acuerdo a las normas urbanísticas vigentes en la zona y demás especificaciones de la Administración —v. gr., edificio en tira—. 3. Si los compradores no dan cumplimiento a los plazos fijados para construir las obras a su cargo pueden ser pasibles de multas. 4. Si transcurridos 4 años desde la fecha de iniciación de las obras los compradores no las finalizan, la vendedora tiene derecho a exigir que se retrotraiga el dominio de lo vendido a su favor, previa tasación por parte del Tribunal de Tasaciones de la Nación del inmueble y de las mejoras útiles realizadas en el mismo. 5. La vendedora podrá en casos excepcionales otorgar plazos ampliatorios para la terminación de las obras (fs. 4/7).

En tales condiciones, en virtud de la naturaleza del contrato celebrado y los términos de la escritura aludida —en la cual, por ejemplo, se regulan los casos de incumplimiento de la contratista de manera especial y exorbitante con la intención de privilegiar la continuidad del contrato o, mejor dicho, de la obra (por el interés público comprometido)—, considero que, ante incum-

plimientos de la contraparte (ex MCBA), en este caso, no le asistía a la actora el derecho para dar por rescindido el contrato en forma unilateral mediante una intimación extrajudicial con apoyo en el art. 1204, Cód. Civil. En esta línea se inscribe además la más autorizada doctrina nacional en la materia, al afirmar, al menos como regla general, que para obtener la rescisión del contrato administrativo el cocontratante particular debe acudir a la autoridad judicial (conf. MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 467/468; BERÇAITZ, Miguel Á.: *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, 1980, p. 596, y ESCOLA, Héctor J.: *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 449 y ss.).

8. Aun dejando de lado los óbices antes señalados, luego de estudiar las actuaciones administrativas, no se puede menos que coincidir con la minuciosa fundamentación brindada en especial a fs. 748/749 de la sentencia de primera instancia (que luego recoge la Cámara en su punto IV, fs. 792 vta.) para concluir que la presente demanda por resarcimiento de daños y perjuicios debe ser rechazada pues, a partir de la prueba colectada en autos, no surge cuál es la medida de los incumplimientos que se le atribuyen a la Administración y, fundamentalmente, de qué manera ellos habrían determinado el incumplimiento de Franova S.A.

En primer lugar, es claro que el fracaso de la venta de los restantes terrenos de la zona comprendida en el plan de urbanización no es una circunstancia que razonablemente pueda imputarse a la Ciudad, o al menos no se lo ha demostrado en este supuesto —la propia actora incluso reconoció que la demandada tampoco se había comprometido a desarrollar por sí la urbanización de aquellas tierras (fs. 63)—. Además, el mantenimiento de las obras efectuadas por la ex MCBA no estaba a cargo de la propia Administración, según los términos de la escritura suscripta.

En consecuencia, las críticas genéricas efectuadas en torno a la falta de concreción del plan urbanístico y las dificultades alegadas por Franova S.A. para cumplir con las obligaciones que de alguna manera puedan relacionarse con el deterioro que sufrieron las instalaciones que la contraparte realizó en el predio (conf. constancias de la pericia obrante a fs. 208/213 vta.) resultan inconducentes para acreditar la responsabilidad contractual de la demandada y por ello deben ser descartadas.

La misma suerte deben correr los argumentos que se intentan vincular a la regla de la buena fe contractual o a los principios que la recurrente identifica como “del informalismo en favor del administrado” y “del *in dubio pro administrado*”. Tales objeciones son sólo menciones abstractas que no se logran conectar con las circunstancias comprobadas en autos y simplemente traducen una mera discrepancia de la actora con la sentencia atacada.

Por las consideraciones expuestas, corresponde no hacer lugar al recurso ordinario de apelación deducido por Franova S.A. y confirmar la sentencia de Cámara en todo cuanto fue motivo de agravio, con costas a la vencida.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, y compartimos los fundamentos expuestos por el Dr. José O. Casás en el punto 4 de su voto.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* al recurso de apelación deducido a fs. 794, cuyos fundamentos obran a fs. 806/809 vta.

2°. *Confirmar* la sentencia de la anterior instancia en todo cuanto fue motivo de agravios.

3°. *Imponer* las costas a la parte vencida.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario.

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

CII

“ACEVEDO, MARIANO C/GCBA S/DAÑOS
Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO:

Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Cobrador fiscal. Revocación de mandato

Expte. nº 4449/05 - 15/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Mariano Acevedo inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios, en relación con el contrato que vinculó a las partes —con base en el sistema establecido por el dec. 2237/93— por el cual la actora debía encargarse de la recaudación de la deuda fiscal en mora, con derecho a cobrar a los contribuyentes una suma por gastos y honorarios (fs. 594/609). En una presentación posterior, la parte actora expresó que por medio del dec. 439/97 se derogó el dec. 2237/93 que dio origen a su contratación como cobrador fiscal.

La demandada solicitó su rechazo (fs. 645/653).

Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional, la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso administrativo y tributario local.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno a pagar al actor la suma de \$ 38.201, más intereses y costas (fs. 989/993 vta.).

2. Ambas partes apelaron la decisión.

La Sala I de la Cámara, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia; no hacer lugar al recurso de apelación presentado por la parte accionante y rechazar la demanda en todas sus partes; e imponer las costas de ambas instancias por su orden (fs. 1036/1046 vta.).

3. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1063/1076 vta.) fundado en el precedente “Cobas” de este Tribunal e invocando la lesión a las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio y la frustración de derechos adquiridos, por una parte, y por tratarse de una sentencia que califica como írrita, arbitraria y contradictoria. El actor afirma que el recurso de inconstitucionalidad es procedente porque se debaten cuestiones de indudable carácter federal, hace referencia a los arts. 14, 17 y 18, C.N., y 10, 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 113 incs. 3º y 4º, CCBA.

El recurso fue contestado por la Procuración General de Ciudad (fs. 1084/1086 vta.), quien solicitó que se rechace la interpretación efectuada por la actora de los alcances del voto mayoritario del caso “Cobas”.

La Cámara concedió el recurso, salvo en cuanto a la arbitrariedad denunciada por el actor (fs. 1091 y vta.).

4. El señor fiscal general adjunto propicia que el Tribunal anule la sentencia y ordene que se dicte uno nuevo conforme a derecho (fs. 1098/1099 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal es sustancialmente análoga a la resuelta en los autos “Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 3272/04, sentencia del 6/4/2005.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acertó la alzada al señalar, en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad, que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el actor, se revocó el fallo de Cámara y se dispuso el reenvío del caso a la otra Sala para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Los argumentos del juez Julio B. J. Maier, que en ese caso votó en minoría por rechazar la queja, son directamente aplicables, ahora, para considerar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Los fundamentos del rechazo del recurso de inconstitucionalidad contenidos en el voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz en la causa referida, en el apartado 1, resultan de aplicación en este caso.

3. Con la salvedad indicada, 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.

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

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

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *revocar* la sentencia de fs. 1036/1046 vta. y *remitir* la causa a la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

2°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte demandada.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 6 de abril de 2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente a la Sala II.

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

CIII

**“FRANZINI, ANA MARÍA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS
(EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”**

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO:

Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Cobrador fiscal. Revocación de mandato

Expte. nº 4554/06 - 15/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La abogada Ana María Franzini inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, por resolu-

ción de contrato e indemnización de daños y perjuicios, en relación con el contrato que vinculó a las partes —con base en el sistema establecido por el dec. 2237/93— por el cual la actora debía encargarse de la recaudación de la deuda fiscal en mora, con derecho a cobrar a los contribuyentes una suma por gastos y honorarios (fs. 770/787 vta.). En una presentación posterior, la parte actora expresó que por medio del dec. 439/97 se derogó el dec. 2237/93 que dio origen a su contratación como cobrador fiscal.

La demandada solicitó su rechazo (fs. 810/818).

Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional, la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso administrativo y tributario local.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Gobierno a pagar al actor la suma de \$ 96.024, más intereses y costas (fs. 1273/1277 vta.).

2. Ambas partes apelaron la decisión.

La Sala I de la Cámara, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia; no hacer lugar al recurso de apelación presentado por la parte accionante y rechazar la demanda en todas su partes; e imponer las costas de ambas instancias por su orden (fs. 1327/1333).

3. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1351/1364 vta.) fundado en el precedente “Cobas” de este Tribunal e invocando la lesión a las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio y la frustración de derechos adquiridos, por una parte, y por tratarse de una sentencia que califica como írrita, arbitraria y contradictoria. El actor afirma que el recurso de inconstitucionalidad es procedente porque se debaten cuestiones de indudable carácter federal, hace referencia a los arts. 14, 17 y 18, C.N., y 10, 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 113 incs. 3º y 4º, CCBA.

El recurso fue contestado por la Procuración General de Ciudad (fs. 1371/1373 vta.), quien solicitó que se rechace la interpretación efectuada por la actora de los alcances del voto mayoritario del caso “Cobas”.

La Cámara concedió el recurso, salvo en cuanto a la arbitrariedad denunciada por el actor (fs. 1377 y vta.).

4. El señor fiscal general adjunto propicia que el Tribunal anule la sentencia y ordene que se dicte uno nuevo conforme a derecho (fs. 1383/1384 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal es sustancialmente análoga a la resuelta en los autos “Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de in-

constitucionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 3272/04, sentencia del 6/4/2005.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acertó la alzada al señalar, en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad, que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el actor, se revocó el fallo de Cámara y se dispuso el reenvío del caso a la otra Sala para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Los argumentos del juez Julio B. J. Maier, que en ese caso votó en minoría por rechazar la queja, son directamente aplicables, ahora, para considerar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Los fundamentos del rechazo del recurso de inconstitucionalidad contenidos en el voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz en la causa referida, en el apartado 1, resultan de aplicación en este caso.

3. Con la salvedad indicada, 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.

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

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

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *revocar* la sentencia de fs. 1327/1333 y *remitir* la causa a la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento.

2°. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte demandada.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 6/4/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I y el expediente a la Sala II.

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

CIV

“CALISTA, HUGO LUIS S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘COMISIÓN
MUNICIPAL DE LA VIVIENDA C/JORGE, MIGUEL ÁNGEL Y OTROS
S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Interposición
fuera de plazo. Articulación de un nuevo recurso
de inconstitucionalidad contra la resolución que rechazó
el primero. Suspensión del plazo para interponer el recurso de queja**

Expte. nº 4354/04 - 21/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Comisión Municipal de la Vivienda inició el 19/4/1994 ante la justicia civil una demanda de desalojo contra Miguel Ángel Jorge, Hugo Luis Calista y otros subinquilinos u ocupantes del predio sito entre calles Basualdo, Santander y Avda. Derqui y el remanente de las tierras del Barrio Cardenal Copello, por cuanto los demandados otorgaban al predio un destino ajeno a la autorización administrativa (fs. 154/156, expte. nº 27.540/94, del registro de la justicia nacional en lo civil, al que corresponde la foliatura indicada en este punto). En lo que ahora interesa, la demanda se notificó al Sr. Calista —y a los demás codemandados— en el siguiente domicilio “Predio con accesos por las calles Basualdo 2810 y 2830 y Santander 4608/12/60/84” (fs. 162, 163, 169), quien compareció a contestarla (fs. 166/167). La sentencia de primera instancia (fs. 419/422 vta.) hizo lugar al desalojo en contra de Calista y de los demás ocupantes, y el lanzamiento terminó el día 6/8/1999 (fs. 455/456).

2. En el mes de noviembre de 1995 la Comisión Municipal de la Vivienda promovió ante la justicia nacional en lo civil una demanda por daños y

perjuicios (con la que se vincula la queja en trámite ante este Tribunal) contra Miguel Ángel Jorge y Hugo Luis Calista, por la suma de \$ 641.900, estimados en base al valor locativo del inmueble mencionado en el punto anterior. En este juicio, aquél fue ofrecido como prueba (fs. 10/12). El traslado de la demanda a los Sres. Calista y Jorge fue efectuado mediante sendas cédulas de notificación dirigidas al domicilio denunciado “Predio con acceso por Santander 4660 y Basualdo 2830” (fs. 17 y 18). En cuanto a Calista el oficial notificador informa que fue atendido por el requerido, quien se negó a firmar (fs. 17 vta.). A solicitud de la actora, el *a quo* declaró la rebeldía del Sr. Calista (fs. 28 y vta.). La notificación de esta decisión, dirigida al mismo domicilio, fracasó (fs. 31 vta.). Por esa razón se libró una nueva cédula bajo responsabilidad de la parte actora que fue fijada en la puerta de acceso (fs. 34 vta.).

Declarada la incompetencia de la justicia nacional (fs. 202/203) las actuaciones se radicaron en los tribunales en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad (fs. 209). El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a Miguel Ángel Jorge y Hugo Luis Calista a abonar la suma que resulte de aplicar el valor locativo admitido en la sentencia (\$ 2.800) a los meses que duró la ocupación (158), más actualización de las sumas correspondientes a períodos anteriores a abril de 1991, intereses y costas (fs. 289/294). La sentencia dispuso que “En cuanto al codemandado Calista, hágase saber a la parte actora que deberá realizar las medidas necesarias a fin de poder conocer el domicilio real del mentado codemandado y proceder a notificar la sentencia” (fs. 294). La parte actora solicitó el libramiento de oficios a la Cámara Nacional Electoral, a la DGI y a la Policía Federal para que informen el domicilio real de Calista (fs. 308) lo que así fue ordenado por el juez (fs. 309). La Cámara Nacional Electoral informó que el codemandado se domicilia en Basualdo n° 2742 (fs. 311), y en igual sentido lo hizo la AFIP (fs. 325). La parte actora denunció, entonces, ese domicilio como el real del Sr. Hugo Luis Calista y solicitó que allí se le notifique la sentencia (fs. 328). El 9/10/2003 el oficial notificador entrevistó a un “habitante casa” en esa dirección, quien se negó a recibir la cédula, por lo que fue fijada en la puerta de acceso (fs. 330 y vta.).

3. El 20/10/03 se presentó el Sr. Calista en el proceso y planteó la nulidad de todo lo actuado ya que su domicilio real fue siempre el mismo, nada se hizo para correrle traslado de la demanda en él, ni se le notificó la declaración de rebeldía. Manifiesta que se afectó su posibilidad de ejercer su defensa y oponer excepciones, y que de no admitirse su planteo se afectarían sus derechos de propiedad, defensa en juicio e igualdad ante la ley (fs. 331/336)

La parte actora contestó el planteo y solicitó su rechazo pues consideró válida la notificación practicada en el predio cuya tenencia otorgó la CMV y donde el Sr. Calista tenía un depósito y ejercía la compraventa de materiales de construcción y de chatarra (fs. 342/344). Señala que el impugnante no planteó la falsedad del instrumento de notificación, por la vía correspondiente.

El juez de primera instancia rechazó el planteo de nulidad (fs. 348/351).

Calista apeló esa decisión y expresó agravios contra ella (fs. 356/357 vta.). Contestado los agravios por la parte actora (fs. 361/364), la Sala II de la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso y confirmó la decisión impugnada (fs. 368/369 vta.).

4. Contra la sentencia de la alzada, el Sr. Calista planteó el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 372/375, que fue contestado por la actora a fs. 377/382 vta. El 23/6/2005 la Sala II declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad (fs. 387 y vta.), lo que se notificó al recurrente el 4/7/2005.

El 2/8/2005 el Sr. Calista interpuso ante la Sala un nuevo recurso de inconstitucionalidad, en contra de la decisión del 23/6/05 que declaro inadmisibile su primer recurso de inconstitucionalidad. Corrido traslado a la parte actora fue contestado (fs. 397/399 vta.) por ella, y rechazado por la Cámara (fs. 401/402). El demandado quedó notificado de esta sentencia el 18/11/2005 (fs. 404).

5. Frente a esta resolución, el Sr. Calista presentó una queja ante el Tribunal (fs. 42/62, expediente de queja).

6. El fiscal general adjunto se pronunció a favor del rechazo del recurso de hecho intentado (fs. 70/71 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Como lo señala correctamente el señor fiscal general adjunto, el recurso de queja interpuesto a fs. 42/62 fue deducido tardíamente (art. 33, ley 402). Por esa razón debe ser rechazado.

2. En efecto, de conformidad con la ley 402, para cuestionar la decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad —cuyo conocimiento y resolución corresponde al Tribunal— dictada por el juez de grado la parte puede acudir en queja ante este estrado (art. 33, L.P.T.), en el plazo y con los recaudos que la ley establece. De esa manera, puede plantear ante el tribunal *ad quem* la revisión del juicio de inadmisibilidad pronunciado por el *a quo*, cuya sentencia se recurre.

3. Surge del relato efectuado en las resultas:

- a) que el demandado interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia que rechazó su apelación y confirmó el pronunciamiento de primera instancia,
- b) que la alzada no lo consideró admisible (por resolución del 23/6/2005),
- c) que el Sr. Calista fue notificado de esa decisión el 4/7/2005.

En consecuencia, el plazo para interponer el recurso de queja comenzó a correr el día siguiente al de esa notificación.

4. El planteo de un nuevo recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que no concedió el primero, no interrumpe el cómputo del plazo para deducir la queja.

Como ya lo ha señalado el Tribunal, el plazo establecido en el art. 33 de la ley 402 es fatal y perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos improcedentes [*in re*: “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). A igual solución se arriba si se aplica lo dispuesto por el art. 137, CCAyT (conf. art. 2°, ley 402).

5. El recurrente articuló un planteo inoficioso con un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión denegatoria de la Cámara, no previsto en la ley. Mientras tanto caducó el plazo para el ejercicio de la facultad de recurrir mediante la queja la decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. La actuación de la parte recurrente, trae aparejado que el recurso de hecho deducido el día 28 de noviembre de 2005 (véase cargo inserto en fs. 62) sea manifiestamente extemporáneo, circunstancia que determina el rechazo de la queja.

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto las consideraciones expuestas en el voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano, y los fundamentos que en sentido concordante desarrolla el señor fiscal general adjunto en su dictamen (70/71 vta.), en cuanto sostienen que el recurso de queja interpuesto a fs. 42/62 no fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual debe ser rechazado. A ellos me remito en homenaje a la brevedad.

2. Tal como fuera destacado por mi colega, la ley de procedimientos ante este Tribunal n° 402 dispone en su parte pertinente que “si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula” (art. 33, párr. 1°).

En el presente, el recurrente se notificó del rechazo del recurso de inconstitucionalidad el día 4/7/2005 (fs. 389 vta., autos principales). A partir de esa fecha comenzó a correr el plazo perentorio de cinco días establecido en el art. 33 de la ley 402. No obstante, el recurrente articuló un planteo inoficioso mediante un *nuevo* recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala II denegatoria del primer recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Mientras tanto caducó todo plazo para el ejercicio de la facultad de interponer un recurso de hecho ante este estrado.

En razón de lo expuesto, la interposición del recurso de queja efectuada recién el día 28/11/2005 (fs. 62), resultó claramente extemporánea. Esta circunstancia sella la suerte desfavorable de la queja.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 42/62 no fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual debe ser rechazado.

En efecto, a partir de la información que brindan las constancias obrantes en los autos principales n° 1586/01, unidas a las restantes constancias de la queja, se revela la secuencia temporal de tres actuaciones sucesivas deducidas por el recurrente: *a)* la primera de ellas es un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario del 4/2/2005, decisión por la que la alzada rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda planteada por la CMV contra (entre otros) el Sr. Calista —cobro de una suma de pesos en concepto de indebida ocupación y retención de un predio de su propiedad—; *b)* la segunda actuación es un “segundo” recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Calista contra la decisión de la alzada del 23/6/2005, notificada el 4/7/2005, en la que la Cámara declaró inadmisibile su anterior recurso de inconstitucionalidad; *c)* finalmente, el 28/11/2005, Calista plantea el recurso de queja que motiva esta *litis* y en el que no ataca la sentencia del 23/6/2005, sino la que vuelve a denegarle, el 10/11/2005 —circunstancia notificada al recurrente el 18/11/2005—, el “nuevo” recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

2. Resulta claro, entonces, que el recurso de queja de fs. 42/62 fue deducido más de cuatro meses después de la notificación por cédula al recurrente de la resolución del tribunal superior de la causa que rechazó su recurso de inconstitucionalidad —el “primero” y único relevante al caso pues, luego de la sentencia del 23/6/2005, sólo resultaba admisible para el Sr. Calista, en el marco de esta controversia, la articulación de la queja ante el TSJ dentro de los cinco días de la notificación de la sentencia, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 33 de la ley 402 (L.P.T.).

Por consiguiente, la demora en que incurrió el quejoso para presentar un recurso con contenido impugnativo, resulta decisiva para resolver su improcedencia a tenor de lo dispuesto en la normativa mencionada.

Ello es así porque ninguno de los preceptos que regulan el recurso de inconstitucionalidad —arts. 27 a 32 de la ley 402—, admite que la interposición de un *segundo* recurso de la misma naturaleza suspenda el curso del plazo para interponer el de queja; por lo demás, el escrito que he identificado como un *nuevo* o *segundo* RI, articulado contra la denegatoria de ese mismo remedio procesal, resulta claramente inoficioso.

3. En consecuencia, resulta aplicable al caso el contenido del voto de mayoría (jueces Conde, Maier y Casás) *in re* “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, sentencia del 18/12/2003, del que surge expresamente *que el plazo de la queja es fatal o perentorio* (art. 33, ley 402, L.P.T.; énfasis suplementado). Ello también está expuesto en la ampliación de fundamentos de la jueza Ruiz quien, asimismo, hace referencia al art. 137, CCAYT en cuanto éste dispone que, salvo prórroga específica acordada por las partes, los plazos legales o judiciales son perentorios; conf., asimismo, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘D’Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3007/04, sentencia del 12/8/2004.

En razón de lo expuesto, la queja deducida a fs. 42/62 es manifiestamente extemporánea, circunstancia que determina su rechazo.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por Hugo Luis Calista a fs. 42/62 y dar por perdido el depósito de fs. 41.

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

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

CV

“IAZURLO, SILVINA ALEJANDRA Y OTROS C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4392/05 - 21/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Silvina Alejandra Iazurlo y Patricia Ana Espínola, funcionarias del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires iniciaron una acción de amparo para que se ordene al Consejo de la Magistratura local que les otorgue un incremento de sus haberes, retroactivo al 1º de mayo de 2003, que tome como base el sueldo básico asignado a sus respectivas categorías por la Justicia Federal, más un 20 % para que se dé cumplimiento a la escala salarial establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/6 vta.). La jueza de primera instancia hizo lugar al amparo y condenó a abonar a las actoras los incrementos salariales reclamados en la demanda (fs. 101/104).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 107/129). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 146/150).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 155/177) que, previo traslado a la actora que fue oportunamente contestado (fs. 180/183 vta.), fue concedido por la Sala II (fs. 186/187 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se rechazara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 195/197 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 187), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciu-

dad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por las actoras. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CVI

“TITOY, MARÍA AGUSTINA Y OTROS C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4393/05 - 21/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Agustina Titoy, Rodrigo Muñoz, María Roberta Sansone y Gustavo Andrés Marchabalo, empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires iniciaron una acción de amparo para que se ordene al Consejo de la Magistratura local que les otorgue un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003; el pago, retroactivo desde el 1º de mayo de 2003, de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se dé cumplimiento a la escala salarial establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/5 vta.). La jueza de primera instancia hizo lugar al amparo y condenó a abonar a los actores los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 101/108 y aclaratoria de fs. 111).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 112/125). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 144/147 vta.).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 151/173) que, previo traslado a la actora que fue oportunamente contestado (fs. 175/179), fue concedido por la Sala II (fs. 181/182 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se rechazara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 189/192).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 182), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28/9/2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado,

en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por los actores. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CVII

“AULESA, ÉLIDA BEATRIZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘AULESA, ÉLIDA BEATRIZ C/GCBA —SECRETARÍA DE EDUCACIÓN— S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Profesora. Cese administrativo. Sustanciación de sumario previo. Derecho de defensa. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales

Expte. n° 4410/05 - 21/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Élidea B. Aulesa planteó una demanda contencioso administrativa para que se declare la nulidad de: *a)* la disposición 18, del 2/11/1999, por la cual la directora administrativa docente de la Secretaría de Educación del Gobierno local dispuso su cese administrativo como profesora titular de 5 horas cátedra de matemática, correspondiente al 1º año, 1º división, de la Escuela Normal Superior nº 9, Distrito Escolar nº 1, “Domingo Faustino Sarmiento”, en razón de las numerosas inasistencias a clases en que habría incurrido la actora; *b)* la nota 415011-SED/99 que efectivizó su cese; y *c)* la disposición 39 del 9/6/2000 de la Directora Administrativa Docente que no hizo lugar al recurso de reconsideración que interpuso contra la disposición 18; para que se ordene su reintegro a las horas de cátedra en que se la hizo cesar, y para que se condene al Gobierno a abonarle la suma de \$ 4.000 en concepto de daños y perjuicios (fs. 1/4).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda (fs. 20/21 vta.).

2. La sentencia fue apelada por la actora (fs. 9/10). La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 6/8).

3. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 12/13), que fue denegado por la Cámara (fs. 11 y vta.). Para vedar la concesión del recurso, el *a quo* sostuvo que la recurrente: *a)* invoca disposiciones constitucionales en forma genérica sin plantear adecuadamente un caso constitucional; *b)* las invocaciones efectuadas carecen de relación directa con la cuestión debatida; *c)* no se efectúa una crítica pormenorizada de la sentencia recurrida, y *d)* el escrito de interposición no se basta a sí mismo para comprender el caso.

4. Frente a esa resolución la parte actora planteó el recurso de queja que tramita en autos (fs. 14/16 vta.).

El fiscal general adjunto dictaminó que la queja debe ser desestimada (fs. 25/27 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. He sostenido en numerosas oportunidades que la falta de crítica desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, como sucede en el escrito en análisis, basta para determinar el rechazo de la queja (exp.te. nº 4065/05, “Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno CEMIC s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas

Norberto Quirno CEMIC c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones’’’).

La presentación de fs. 14/16 vta. dedica sólo cuatro escuetos párrafos (los señalados con los puntos 2.2.3.1. a 2.2.3.4., fs. 16) a discutir los fundamentos expuestos por la Sala I al denegar la concesión del recurso (véase punto 3, de los resultados). Pero a la brevedad (que de por sí no merece censura) debe adicionarse la insuficiencia de las expresiones señaladas en esas líneas.

En efecto, la recurrente señala (punto 2.2.3.1) que no se trató de una invocación genérica de derechos, sino que oportunamente expresó que se le aplicó el “cese administrativo” sin que se haya sustanciado el sumario previo, pero no indica (ni lo hizo en el recurso) por qué razón ello afectó sus posibilidades de ejercer su defensa ni de qué manera ese derecho se vio lesionado. También señala que se sancionó su conducta sobre la base de una norma reglamentaria posterior a los hechos del proceso, pero no rebate el argumento de la Cámara en cuanto a que la norma posterior era más beneficiosa para ella por cuanto sólo le hizo perder las horas que tenía en una división de un establecimiento educativo, sin extinguir la relación de empleo en todos los cargos como lo establecía la legislación anterior.

En cuanto a la carencia de relación estrecha y directa de los derechos constitucionales invocados con la cuestión debatida y resuelta en la causa, la queja sólo se remite a otra pieza del expediente, sin efectuar el menor desarrollo crítico de lo expresado por la alzada (punto 2.2.3.2).

Al fundamento referido a la omisión de una crítica pormenorizada del fallo recurrido, responde que el decreto reglamentario modificó el Estatuto del Docente (punto 2.2.3.3.), como si el fallo sólo se hubiese basado en ello.

Por último, en lo atinente al rechazo por falta de autosuficiencia del escrito sólo expresa que es “de un subjetivismo inaceptable” y que ese requisito no está exigido en ninguna norma (punto 2.2.3.4).

3. Sin perjuicio de que lo manifestado en el apartado anterior alcanza para sostener mi voto, agrego algunas otras consideraciones.

Como puede verse, en el escrito de interposición de la queja, la actora solo expone algunas ideas que expresan su disconformidad con el fallo de la Cámara que denegó la concesión del recurso. Reseña el proceso y reitera lo dicho en el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a que la sentencia de Cámara dispuso el cese administrativo fundándose en una disposición reglamentaria anterior y sin sustanciación previa de un sumario. Sin embargo respecto de esta última cuestión, no niega que tomó efectiva participación en la etapa administrativa para efectuar su descargo (en la fase previa al dictado del acto cuestionado) y al interponer recursos administrativos (en la fase del procedimiento de impugnación).

4. De este modo, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado

exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. Tanto el recurso de hecho como el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad incluyen reproches a la sentencia recurrida y la mención de disposiciones constitucionales, sin que éstas hayan sido entramadas de manera que el Tribunal pueda advertir la invalidez de la sentencia, de acuerdo con las reglas constitucionales mencionadas por ella (conf. este Tribunal *in re* “Colegio de Graduados de Arquitectura y Urbanismo c/GCBA s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 191/99, resolución del 6/12/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 652 y ss.; y “Rébora, Horacio Norberto c/GCBA s/recurso de queja”, expte. n° 261/00, resolución del 19/4/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 62 y ss., entre otros).

5. El Tribunal ya ha expresado, en múltiples ocasiones, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales, contenidos en el recurso de inconstitucionalidad o en el de queja, es palmariamente insuficiente para fundarlos si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, ya que si bastara la *mera invocación genérica* de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional, el Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisibles en el marco del recurso extraordinario local (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000; expte n° 1898/02, “Droguería Americana c/GCBA [resol. 7346-DGR/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario”, sentencia del 17/11/2003, entre muchos otros).

Resulta entonces, que si el recurso fuera admitido, el pronunciamiento del Tribunal no versaría sobre la interpretación de disposición constitucional alguna. La sentencia, para corregir o confirmar la de la instancia anterior, debería considerar si el decreto reglamentario, en cuanto prevé una sanción que no es la extinción de la relación de empleo público debe o no ser precedido de un procedimiento administrativo particular (el sumario) de acuerdo con la ordenanza 40.593 o si, por el contrario, tal procedimiento no es exigible en tanto se garantice el derecho de defensa en otro tipo procedimiento de actuación. Se trata sólo de una interpretación de la ley sancionatoria administrativa infraconstitucional, tarea para la cual el Tribunal no es, en principio, competente, y nada en el caso justifica apartarse de esa regla.

Las razones expuestas en los puntos precedentes fundan el rechazo de la queja.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, en cuanto propone rechazar la queja por no existir relación directa entre las garantías constitucionales invocadas por el recurrente y la sentencia impugnada mediante el recurso de

inconstitucionalidad denegado, conforme los fundamentos que desarrolla en los puntos 2, 3, 4 y 5 párr. 1º.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propone rechazar el recurso de queja interpuesto por Élide Beatriz Aulesa.

2. Tal como lo ponen de resalto mi colega en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 25/27 vta.), los argumentos expuestos por la parte recurrente no resultan idóneos para articular una cuestión constitucional en forma razonada y fundada.

Es claro que el recurso de hecho reitera los defectos del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido, toda vez que la interesada expresa en forma genérica que se han vulnerado disposiciones constitucionales (art. 18, C.N. y art. 102, CCBA) al habérsele aplicado un “cese administrativo” sin sumario previo y “haber hecho prevalecer un decreto reglamentario —2299/98— sobre una norma reglamentada” (punto 2.2.3.1. de la queja, fs. 16).

Sin embargo, al confirmar la decisión recaída en primera instancia, la Cámara expresó que, a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa, la interesada había contado con “la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa durante el sumario” (copia del pronunciamiento de la Sala I, obrante a fs. 7). Asimismo, el tribunal *a quo* manifestó que la remisión que la Administración efectuó al dec. 2299/98 resultaba beneficiosa para la actora, toda vez que esta norma instauró como sanción un “cese administrativo” que no acarreaba una medida separativa del tenor de la cesantía —sanción aplicable al caso de no haberse modificado el Estatuto Docente con posterioridad al momento de las inasistencias reiteradas que constituyen la causa del acto discutido— (fs. 7 vta.).

Como lo sostiene la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en el punto 2 de su voto, las concretas expresiones de los jueces de la causa debieron ser rebatidas de manera eficaz para demostrar la existencia de un caso constitucional.

Como ello no ha ocurrido, corresponde, conforme a lo también dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que la

actora no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74, Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. Los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja expresan una mera discrepancia con la interpretación razonable y fundada efectuada por la Cámara respecto del análisis de los elementos que conforman el acto administrativo cuya nulidad se pretende (disposición 18-DAD/99).

En efecto, la presentación efectuada por la recurrente se reduce a cuestionar la valoración de las pruebas aportadas a la causa que realizaron los jueces de mérito. En tal sentido, la queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto 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 23/5/2003). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de la garantía de defensa en juicio.

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre vincular aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales que alega, extremos que no se verifican en la presente causa.

4. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia — diversas disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos, del Estatuto del Docente y del dec. 2299/98— constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del Tribunal mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tri-

bunal en una tercera instancia sobre cuestiones de hecho y prueba ni sobre derecho común cuya valoración resulta propia de los jueces de la causa.

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Desestimar* la queja planteada por la Sra. Élide Beatriz Aulesa a fs. 14/16 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita para que sea agregado al principal.

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

CVIII

“TECHNOLOGY BUREAU S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘GCBA
C/TECHNOLOGY BUREAU S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación. Ejecución fiscal.
Sentencia definitiva. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho común**

Expte. n° 4426/05 - 21/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La firma Technology Bureau S.A. presentó ante este Tribunal un recurso de queja (fs. 31/9) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario agregada a fs. 29/30. El auto cuestionado declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/27) que fuera articulado contra la sentencia de fs. 12/14 vta. En la resolución que motivó el mencionado recurso, los camaristas habían dado por desistida

—por fundamentación deficiente— la apelación interpuesta contra el decisorio de primera instancia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y el pedido de condonación de multa presentado por la demandada y, en consecuencia, mandó seguir adelante con el juicio de ejecución fiscal (fs. 2/3 vta.).

2. La accionada, ya al momento de oponer excepciones, discutió —invocando deficiencias formales— la validez del título de deuda que el GCBA pretendía ejecutar. En la misma oportunidad procesal manifestó que no había sido correctamente notificada de la resol. 4967-DGRyEI/98 (que le impuso la multa cuyo cobro se perseguía) y que, de todos modos, había impugnado tal decisión en sede administrativa, de manera que la sanción aún no se encontraba firme.

Por último, informó que se había incorporado al régimen de facilidades de pago dispuesto en la ley 1078, y normas concordantes, por lo que solicitó la condonación de la deuda.

3. El juez de primera instancia desestimó todos los planteos de Technology Bureau S.A. respecto de la invocada inhabilidad de título, concluyó que el título cuestionado satisfacía las formalidades exigidas. En relación con la incorporación de la demandada a un plan de facilidades de pago, recordó que la multa en ejecución —que, según su criterio, “se encuentra firme y pasada en autoridad de cosa juzgada administrativa”— no fue incluida por la demandada en el régimen establecido por la ley 1078. En cuanto a la solicitud de dispensa de la multa entendió que ese beneficio debía ser requerido en sede administrativa.

El decisorio motivó la apelación de la agravada. La alzada declaró desierto el recurso, sin perjuicio de lo cual formuló algunas consideraciones: *a)* que el título de deuda cumplía con las formalidades previstas en el régimen vigente, y que el recurrente no explicó por qué los vicios invocados le imposibilitaron defenderse; *b)* que la deuda resultaba ejecutable porque el recurso jerárquico interpuesto contra la disposición que fijó la multa fue extemporáneo (se presentó casi tres años después de la notificación efectuada en el domicilio fiscal); y *c)* que el pedido de condonación no resultaba procedente porque la deuda reclamada ya era “líquida y exigible” antes del 31/10/2001 (límite temporal fijado en la ley 671, base de la ley 1078, para acceder al perdón).

4. Technology Bureau S.A., en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja traída al Tribunal, introduce distintos argumentos que define como agravios constitucionales y que, brevemente, son los siguientes:

- a)* la Sala II omitió expedirse sobre la crítica respecto de la sentencia de primera instancia, lo que habría vulnerado sus derechos de defensa y propiedad, y la garantía de debido proceso;
- b)* el fallo no se expidió “acerca de cuál es el límite temporal que establece la ley 1078 respecto de las obligaciones tributarias que podían ser incluidas en el plan de facilidades”;

- c) se convalidó lo sostenido en primera instancia respecto del cumplimiento de los requisitos formales del título (en este sentido, insistió con sus planteos de inhabilidad de aquel instrumento);
- d) se violó su derecho de defensa en tanto se consideró válida una resolución que no le fue correctamente notificada, por lo que la sanción no tendría el *status* de “cosa juzgada administrativa”;
- e) es arbitraria la interpretación de los jueces respecto al carácter de la deuda (la demandada sostuvo que no es exigible, en base a que fue presentado un recurso administrativo, y porque la adhesión al régimen de regularización que efectuaron conlleva la condonación de las multas vinculadas a los tributos objeto de la moratoria);
- f) es errada la imposición de costas, en atención a la incorrección de las decisiones tomadas en la causa; y
- g) la Sala II no revocó la sentencia de primera instancia (“me agravia el decisorio en cuanto no revoca la Resolución dictada por el *a quo*”).

5. Al momento de contestar la vista conferida, el fiscal general adjunto propició que el Tribunal rechazara la queja al entender (del mismo modo en que lo hicieron los camaristas intervinientes) que el recurso de inconstitucionalidad que la precedió no se dirigía contra una decisión de carácter definitivo (conf. fs. 46/8).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El escrito de la demandada fue recibido en el Tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, para la interposición de un recurso de queja. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. Technology Bureau S.A. sostuvo, bajo el título VI (denominado “[e]l rechazo del recurso de inconstitucionalidad”) de la pieza obrante a fs. 31/9, que “en tiempo y forma presenté formal recurso de inconstitucionalidad ante la Sala II, el cual con fecha 30/11/2005 emite resolución, notificada el 12/12/2005 rechazando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Que dicho rechazo del recurso de inconstitucionalidad no se corresponde con las constancias de los actuados además que la misma Sala se abstuvo de pronunciarse sobre las causales de arbitrariedad alegadas por nuestra parte”.

3. Según surge de la transcripción, la accionada se limitó a describir la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad como un acto procesal más, de tantos otros que ocurrieron en esta causa. La presentación directa ante este Tribunal, entonces, no dedica una sola línea para fundar la habilitación de instancia que persigue.

El recurrente no cumplió (ni siquiera mínimamente) con la carga de demostrar el supuesto error en que incurrieron los jueces de la Sala II al cerrar

su acceso al TSJ. Por ello, la pretendida queja de fs. 31/9 debe ser rechazada en términos similares a los que empleé en el expte. n° 4237 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Nonello S.R.L. s/ejecución de multa’”, sentencia del 8/2/2006.

Sostuve en el fallo citado que el escrito de la parte recurrente que se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin una sola referencia a la resolución que lo declaró inadmisibile, no puede ser admitido como queja.

En este sentido, en casos en los que —como en el presente— el tribunal *a quo* expuso detalladamente las razones que motivaran la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la afectada debe hacerse cargo de ellas.

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el escrito de fs. 31/9 no constituye, técnicamente, un recurso de queja y 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. Por lo tanto, las deficiencias de la presentación de Technology Bureau S.A. definen su rechazo.

En situaciones como la de autos, ni siquiera es posible avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones mencionadas, voto por no hacer lugar a la queja.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Comparto la opinión de la señora jueza de trámite Dra. Alicia E. C. Ruiz, quien en su voto señala que la queja no puede prosperar, ya que el recurso plantea un reproche genérico a la sentencia recurrida, pero no constituye una crítica desarrollada y fundada acerca de la invalidez de la misma.

2. Por lo demás, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Cámara y, por ende, la queja debe ser desestimada, pues, la decisión recurrida no configura una sentencia definitiva, a los fines del art. 27, L.P.T. (n° 402).

Ello es así por la especial naturaleza del juicio ejecutivo, que permite discutir en un juicio ordinario posterior, ampliamente, la existencia o la inexistencia del crédito objeto de ejecución por parte de la ciudad, ya que lo resuelto en el juicio ejecutivo puede ser objeto de revisión, con mayor amplitud, en el juicio ordinario (conf., entre otros, expte. 2133/03, “GCBA c/Club Mediterráneo Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 27/5/2003), sin que la ausencia de promo-

ción de tal acción por la interesada pueda alterar dicha circunstancia [conf. “GCBA c/Scrum S.A. s/ ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 2584/03, del 9/3/2004].

La inexistencia en el caso de una sentencia definitiva obsta decisivamente a la procedencia del recurso articulado. Además, en este caso no se ha logrado demostrar que, por sus efectos, la resolución cuestionada pueda asimilarse a tal.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto sostiene que la queja no rebate la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Por otro lado, ese recurso fue correctamente rechazado por el *a quo*, toda vez que, los pronunciamientos dictados en juicios ejecutivos no son revisables por vía de recurso de inconstitucionalidad, salvo supuestos excepcionales que el recurrente no logra acreditar en el caso *sub examine*.

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar el presente recurso de queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada en el voto de mi colega, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto considera que si bien el recurso de hecho fue deducido en tiempo y forma (art. 33, L.P.T.), no puede tener acogida favorable en este estrado.

2. En la queja se cuestiona la decisión del *a quo* que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad articulado contra la sentencia que, en el marco de una ejecución fiscal, lo consideró desierto.

3. Dos son las circunstancias que ocluyen el acceso a esta instancia del recurso de que se ha hecho mérito.

Por principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen sentencia definitiva, y la que aquí nos ocupa no categoriza como uno de los “casos anómalos” a que hace referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para considerar procedente el remedio extraordinario federal contemplado por el art. 14 de la ley 48, en apremios y ejecuciones fiscales (véase reseña de los llamados *casos anómalos* en mi voto en la causa “GCBA c/Scrum S.A. s/ ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2584/03, sentencia del 9/3/2004, a la que también hice referencia en la causa “Asociación Civil Hospital Británico de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/Hospital Británico de Buenos Aires s/ ejecución fiscal’”, expte. n° 2816/04, resolución 16/6/2004). Por ende, en el *sub lite*, no corresponde equiparar la sentencia apelada a definitiva, para dar satisfacción al recaudo contemplado en el art. 27 de la ley 402.

Desde otra perspectiva, los recursos de inconstitucionalidad y queja no atacan ni rebaten mínimamente, ni de manera pormenorizada, los argumentos que brindó la Cámara para declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora, por lo que sus agravios no puede tener andamio.

Asimismo, la 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 inúmeros 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).

4. Del mismo modo, cabe añadir que, bajo la atribución de arbitrariedad, la quejosa intenta controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida.

Al respecto, el Tribunal ha señalado que la circunstancia de que el apelante discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión devenga arbitraria (conf. el Tribunal *in re*: “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *CyJ*, *Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss.).

Por todo lo aquí expuesto, y conforme a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de hecho planteado.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. No obstante haber cumplido el recurrente con el recaudo extrínseco de temporaneidad en la deducción de la queja (art. 33, ley 402), ésta no puede tener acogida favorable. Ello es así por dos razones: la primera, de orden estrictamente formal, remite a los graves defectos de fundamentación que exhibe el escrito recursivo. En efecto, Technology Bureau no formula una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni se ocupa de rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso. Por lo contrario, la firma se limita a *describir* dicha resolución como un acto procesal más (conf. el voto de la jueza Ruiz, apartado 3).

2. Sin embargo, no son sólo razones formales las que sellan la suerte del recurso. Como el Tribunal lo ha sostenido reiteradamente al recoger conocida

jurisprudencia de la CSJN, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen, en principio, la sentencia definitiva a la que alude el art. 27 de la ley 402. Por lo demás, Technology Bureau no acredita que la decisión de la Cámara genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja planteada a fs. 31/39.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* a la queja agregada a fs. 31/39.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario.

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

CIX

“CANO, OSVALDO RODOLFO S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘CANO, OSVALDO RODOLFO C/GCBA S/IMPUGNACIÓN
DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación.
Autosuficiencia. Invocación genérica de garantías constitucionales.
Sentencia descalificada como acto jurisdiccional válido.
Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional.
Notificación de la resolución que dispuso la caducidad
de una licencia de taxi. Interpretación de normas infraconstitucionales.
Art. 141 del CPCCN. Oficial notificador. Fijación de la cédula
en la puerta de acceso del domicilio constituido.
Cumplimiento estricto de las formalidades para la notificación del acto
administrativo. Derecho de defensa. Principio de tutela judicial efectiva

Expte. n° 4368/05 - 21/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Osvaldo Cano inició una acción contra el GCBA a los efectos de cuestionar la validez de la notificación de la resol. 143-SPySP/04 que dispuso la caducidad de la licencia de taxi n° 32.762 de la cual era titular, por considerar que la misma no había sido practicada conforme las pautas de ley. Consideró que la resolución “es nula porque no ha cumplido con requisitos fundamentales del procedimiento administrativo [y] en consecuencia no [ha] perdido el derecho a impugnar el acto administrativo que dispone la caducidad de la licencia de taxi...” (fs. 3 autos principales)

2. La jueza de primera instancia entendió que no hubo defecto alguno en la notificación y que por ello el acto administrativo quedó firme en sede administrativa por haberse interpuesto el recurso jerárquico en forma extemporánea, por lo que resolvió tener por no habilitada la instancia judicial (fs. 236/237 autos principales).

3. Apelada esta decisión por la actora (fs. 243/248 autos principales), la Sala II confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 255/256 autos principales).

4. Contra esa decisión, el Sr. Osvaldo Cano interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 258/265 del principal) por entender que la misma vulneraba los arts. 14, 14 bis, 17 y 18, C.N. . El recurso fue denegado por la Cámara (fs. 267 autos principales), resolución que motivó la presentación de una queja ante el Tribunal (fs. 4/18)

5. El fiscal general, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 25/27).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. Si bien corresponde poner de resalto que la sentencia de Cámara que rechazó el recurso de inconstitucionalidad oportunamente incoado no explica en la forma adecuada cuáles son las razones por las que se considera que el recurrente no ha logrado exponer con la fundamentación y precisión debidas un caso constitucional, esto no significa que aquella —más allá de su acierto o error— devenga infundada, o pueda descalificársela como acto jurisdiccional válido en tanto contiene argumentos que la sustentan. No ha habido variación en el sustento fáctico considerado en las distintas etapas del proceso, por lo que la decisión de la cámara ha respetado los elementos materiales contenidos en la causa y los planteos del actor. La nulidad de la notificación de la decisión fue considerado durante todo el proceso, que transcurrió, entonces de manera respetuosa de su derecho de defensa.

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

3. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que el actor, a pesar de su esfuerzo, y de las extensas citas doctrinarias, no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional. La invocación de doctrina sin un análisis de por qué es aplicable al caso concreto, no supe el requisito de autosuficiencia que todo recurso debe cumplir para bastarse a sí mismo y ser precedente formalmente.

En sus recursos, el actor no logra conectar el agravio concreto 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 23/5/2003). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional.

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica y escueta (fs. 264 vta.), la afectación de las garantías constitucionales de debido proceso, derecho de defensa y de propiedad (arts. 14, 14 bis, 17 y 18, C.N.), en la que habría incurrido la Cámara al considerarlo bien notificado de la resolución en cuestión, pero sin exponer —en un argumento formalmente adecuado— un caso constitucional. Es decir, el caso constitucional se encuentra sólo vagamente mencionado, pero no está expuesto ni desarrollado.

Cabe recordar, al respecto, que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercena-

miento, 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).

4. En definitiva, la presentación efectuada por el recurrente se reduce a sostener que “el auto... por el cual la Sala 2ª de la Cámara desestimó el recurso de inconstitucionalidad que deriva en esta queja, importa exclusivamente una actitud de excesivo formalismo que no se compadece con una adecuada tutela judicial” (fs. 6). Ello no resulta suficiente para exponer fundadamente un caso constitucional que torne procedente el tratamiento de la queja.

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere, extremo que no se verifica en la presente causa.

5. En consecuencia, al no plantear en forma correcta ni en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja un caso constitucional, los agravios de la actora se circunscriben a debatir cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenos, por regla, a la vía recursiva intentada.

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Más allá de la interpretación que corresponda al art. 141, CPCCN —derecho infraconstitucional—, cabe aclarar que esa interpretación, por sí misma, conforme a la organización de las competencias de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, se reserva sólo para los jueces de mérito, jueces cuyas sentencias no le han concedido razón al recurrente.

2. Cualquiera que sea el defecto de una notificación, resulta claro que, si ésta logró su fin —esto es, dar a conocer al destinatario aquello que se ha dispuesto—, importa poco cómo lo alcanzó. En el caso, el conocimiento fue alcanzado en algún momento, pues el Sr. Cano impugnó en sede judicial la resolución administrativa que dispuso la caducidad de su licencia. En cuál momento alcanzó ese conocimiento resulta ser una buena pregunta, para responder la cual el recurrente nunca alegó ni probó algo. De tal manera, es de suponer que se enteró por la comunicación oficial, más aun cuando ésta se concretó en el domicilio que él mismo había constituido, según se desprende de las actuaciones administrativas que derivaron en la interposición del recurso de hecho sobre el que debe expedirse el Tribunal.

3. Por lo demás, el recurso no parece atacar la justicia material de la resolución administrativa —posibilidad no concedida por el propio recurrente a los usuarios de su vehículo—, agravio básico a demostrar para que aquél

proceda. Lo único atacado por el recurso resulta ser, en definitiva, la interpretación de una ley infraconstitucional, razón por la cual la queja, como lo propone la señora jueza de trámite, no puede prosperar.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Es correcta la afirmación del impugnante en el sentido de que el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad es dogmático. La sentencia interlocutoria que rechazó ese recurso no da razones que permitan vincular la decisión con los aspectos concretos que se debaten en autos, lo que la descalifica como un acto jurisdiccional debidamente fundado (conf. art. 27, inc. 4º. y 30, ley 402).

He sostenido en otras oportunidades que las afirmaciones que se exponen para desestimar un recurso deben establecer una conexión concreta con aspectos de la causa y que cuando ello no ocurre la resolución carece de fundamentos o solo son aparentes.

2. No obstante, aunque admisible el recurso de inconstitucionalidad es improcedente porque no logra proponer una cuestión constitucional.

El actor dirigió un recurso jerárquico contra la resol. 143-SOySP/03 por la cual se dispuso la caducidad de la licencia de auto de alquiler. El recurso fue desestimado por extemporáneo. El magistrado de primera instancia y la Cámara consideraron firme el acto administrativo y denegaron la habilitación de la instancia jurisdiccional que pretendía cuestionar la resol. 143-SOySP/03. Para decidir así, entendieron que la mencionada resolución administrativa había sido correctamente notificada, y desestimaron el planteo de nulidad formulado en la demanda.

Toda la controversia, como se ve, gira en torno al sentido y alcance del art. 141 del CPCCN al que reenvía el art. 61, L.P.A. local y sobre el modo en que se cumplió la diligencia notficatoria de la resol. 143-SOySP/03.

En el lacónico punto IV.2 de su recurso, el impugnante intenta plantear un caso constitucional sin explicar por qué la interpretación de una norma adjetiva legal provoca la violación del art. 18, C.N. y lo priva de las garantías del debido proceso.

Es oportuno señalar que está fuera de discusión que el oficial notificador concurrió al domicilio constituido por el actor, que no lo encontró, que una persona que lo atendió manifestó que el requerido no residía allí, y que el oficial procedió a fijar la cédula en la puerta de acceso al lugar.

A partir de estas circunstancias fácticas que no discute, el recurrente propone una curiosa lectura del art. 141 del CPCCN, según la cual el oficial notificador tendría el deber de buscar al encargado del edificio —en el supuesto que hubiera un “encargado”, lo que no se sabe con certeza— o el deber de entregar la cédula a la persona que dijo que Cano no vivía en el domicilio en el que se intentaba practicar la diligencia.

Ahora bien, la interpretación formulada por las instancias anteriores tanto del art. 141 del CPCCN como de lo actuado en el curso de la notificación de la citada resolución no lesiona ningún principio constitucional y el recurrente no suministra elemento alguno que insinúe lo contrario. En rigor, todo el cuestionamiento del actor respecto del trámite de la diligencia no alude a ninguna omisión de aspectos sustanciales del procedimiento, sino que deriva de la muy particular interpretación de cómo debió hacerse la diligencia notificatoria reglada por una norma infraconstitucional. Sin embargo, aun cuando se intentara admitir su hipótesis, lo cierto es que a partir de ella surgen una serie de interrogantes que debieron aclararse en el recurso para determinar, con razonable evidencia, la posible violación del derecho de defensa. Por ejemplo, por qué Cano no recibió la cédula si la abogada patrocinante del actor era conocida del titular del local en el cual se constituyó domicilio y se practicó la diligencia, o por qué esta persona negó que residiera allí a los efectos de la notificación (conf. fs. 244 vta. y 245 del recurso de apelación), o cómo se vio impedido el actor de tomar conocimiento de la notificación si la cédula quedó fijada en la puerta del edificio.

Quien elige un domicilio constituido determinado, carga con el riesgo de las contingencias derivadas de esa elección. El problema en la notificación de autos no reside en la actividad cumplida por el oficial notificador sino en la conducta de quien, pudiendo supuestamente recibir la cédula, se negó a ello al expresar que el recurrente no residía en el lugar. Por otra parte, aunque el actor intenta imponer otro sentido, el termino “residir” vinculado a la notificación en un domicilio constituido, no significa que el notificado viva o trabaje efectivamente en él, a punto tal que aquél puede fijarse en una casilla de correo de una oficina postal.

En síntesis y como ya adelantara en el apartado 2., no hay cuestión constitucional que deba ser atendida.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma oportunos. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad porque entendió que el recurrente no traía en forma clara y precisa una cuestión constitucional que guardase concreta relación con la decisión impugnada. Empero, el recurso de inconstitucionalidad suministra, en forma clara y precisa, argumentos que vinculan cuestiones constitucionales con lo resuelto en autos, en tanto muestran que lo que la sentencia presenta como fundamento infraconstitucional no es más que uno aparente, fruto del arbitrio del juzgador. Queda ello destacado en el enjundioso recurso del defensor oficial, que realiza un análisis pormenorizado de los principios constitucionales en juego y las consecuencias de dejar firme la decisión adoptada por la Cámara *a quo*.

2. Para defenderse, es imprescindible conocer aquello de lo que uno se defiende. De ahí que cuando, como en el caso, la ley pone un plazo de caducidad al derecho a impugnar un acto emanado de la administración, el cómputo de ese plazo ha de iniciarse, como principio, con el efectivo conocimiento de la existencia del referido acto. Excepcionalmente, el legislador presume que dicho conocimiento ha operado cuando han sido cumplidas ciertas diligencias que dan ocasión a que el interesado se entere si observa ciertos cuidados para él previsibles. A ese fin, el legislador reviste la comunicación de solemnidades que aseguran la toma de razón de lo que se debe comunicar o la posibilidad real de conocerlo mediante la observancia de cuidados razonables. El conocimiento ficto no puede ser impuesto por el juez, sino sólo provenir del ejercicio válido de funciones legislativas.

Esta premisa preside la interpretación de las reglas legislativas que organizan las notificaciones. Para una notificación practicada en un proceso judicial y regida por un art. 141 cuyo texto tenía algunas diferencias (el vigente en 1972), la Corte Suprema —en contra de la opinión del procurador general— sostuvo “[q]ue al margen de las diligencias efectivamente cumplidas por el oficial notificador cuando no encontrare a la persona a quien va a notificar, es menester que del acta de notificación resulte la observancia de las etapas previstas en el art. 141 del CPCCN [...] Que la omisión en la que en el caso se ha incurrido, al hacerse constar solamente que por no haberse encontrado al interesado se procedió a fijar duplicado de la cédula, es causal suficiente de nulidad del acto” (*Fallos*, 283:173).

Se discute en autos si ha quedado bien notificada la resolución 143-SOySP/03 mediante la diligencia de fecha 26 de febrero de 2006 y, como consecuencia de ello, si ha caducado la posibilidad de interponer recurso jerárquico contra dicha resolución y con ello la posterior acción judicial. Al dorso de la cédula (fs. 77 vta. del expediente administrativo), el oficial notificador labra acta, que suscribe, en la cual hace constar el trámite que le ha dado. Solamente hizo constar allí que intentó entregar la cédula a una persona que se encontraba en el domicilio constituido en el expediente administrativo (Av. San Martín 22485, local “55”) y que dicha persona se negó a recibirla. No la identificó, ni dejó constancia de haberle solicitado que se identificase. Tampoco de haber buscado al encargado del edificio o de que no lo hubiera, sino que, según reza al dorso de la cédula, la fijó sin más en la puerta del local. Cualquier conclusión con relación a este tema deberá tomar en cuenta que, conforme surge de las constancias de autos, no cabría descartar que la notificación impugnada haya sido realizada por un agente de la administración, probablemente del área en que revista el órgano que emitió la resolución cuya impugnación queda trabada por el agotamiento de un término desencadenado por la notificación. En tales condiciones, el examen de los requisitos impuestos para la validez de la notificación debe ser realizado con mayor rigurosidad. Esto así, en atención a que la administración eligió un

mecanismo de notificación, entre varios posibles (conf. art. 61, L.P.A.), en el que asume un rol protagónico, como el que tuvo durante todo el procedimiento. Ello a diferencia de lo que, por ejemplo, ocurre cuando el juez manda a notificar sus decisiones por una dependencia que no tiene a cargo ni cabe presumir ligada a los intereses en juego.

El art. 141 del CPCCN, al que remite el art. 61, L.P.A. (dec. 1510/97), dice: “[c]uando el notificador no encontrare a la persona a que va a notificar, entregará la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, y procederá en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarla, la fijará en la puerta de acceso”. Es la primera parte (primera oración) de este precepto legal el centro de la discrepancia. La jueza de primera instancia adujo, remitiéndose al Diccionario de la Real Academia Española, “[...] que la conjunción disyuntiva ‘o’ denota alternativa [...], a partir de lo cual afirmó que al haber elegido una de ellas, no era necesaria [sic] que agotara la segunda” (fs. 236 vta.). Esta sentencia fue confirmada por la Cámara a fs. 255/256.

Es interpretación difundida entre los doctrinarios que se han ocupado del art. 141 aquella según la cual este precepto manda al oficial notificador que no puede dar con el destinatario de la notificación a practicarla, en primer lugar, entregando la cédula a una persona de la casa, departamento u oficina y, en el caso de que ello no sea posible, hacerlo al encargado del edificio (en este sentido véase FALCÓN, Enrique M.: *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 227, y COLOMBO, Carlos J., y KIPER, Claudio M.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 55). De ella se aparta sin explicación el fallo recurrido.

En efecto, no constituye argumento que refute esta interpretación la circunstancia de que la Real Academia identifique el “o” como partícula que une alternativas. Ello así, porque la solución *sub examine* no puede ser deducida de la circunstancia de ser alternativas, la de la persona de la casa y el encargado del edificio, sino que sólo puede sostenerse si se lo asume como opciones que la ley ha sujetado a la discreción del oficial notificador, cosa que es, a todas luces, ajeno al texto y a toda razonabilidad. A fin de distinguir las nociones de alternativa y opción, vale recordar el contenido de los Sección Primera, Parte Primera títulos IX y X del Código Civil, dedicados a las obligaciones alternativas y facultativas respectivamente. “Obligación alternativa es —define el art. 635— 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”, y continúa el art. 636 “[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”. “En las obligaciones alternativas, corresponde al deudor la elec-

ción de la prestación de uno de los objetos comprendidos en la obligación” (art. 637). Pero, y aquí viene lo importante, aunque la elección corresponde al deudor, como principio ya que puede ser pactado lo contrario, “si una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, la otra es debida al acreedor” (art. 638), y “Si 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” (art. 639). Sólo “si *las prestaciones* (destaco el plural) se han hecho *imposibles* sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida (art. 642). En cambio, “Obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra” (art. 643). “La obligación facultativa se extingue cuando la cosa que forme el objeto de la prestación principal perece sin culpa del deudor, antes que éste se haya constituido en mora, o porque se hubiese hecho imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación accesoria no hubiese perecido, y fuese posible su entrega” (art. 647).

Este repaso torna obvio que el discurso del fallo recurrido contiene un insuperable salto lógico. Define correctamente como alternativas las que el art. 141 presenta al oficial notificador, y pasa sin más a tratarlas como obligaciones facultativas. Ello con evidente vulneración del derecho de defensa del recurrido.

3. La interpretación sostenida por la jueza de primera instancia supone otorgar al oficial notificador la facultad discrecional para optar entre entregar la cédula al encargado del edificio o a otra persona de la casa, departamento u oficina. Como toda facultad discrecional, esto supondría que la norma otorga opciones, y que todas ellas son apegadas a la ley. Así, podría entregar la cédula al encargado incluso en casos en que tuviera la oportunidad de dársela a “otra persona de la casa, departamento u oficina”, consecuencia que no es aceptable y a la que se opone la doctrina sentada más arriba. Es que en la lengua castellana, las alternativas vinculadas por la disyunción no son necesariamente equivalentes. Así quien intima a entregar “la bolsa o la vida” no sugiere el suicidio. Es muy obvio que el texto del art. 141 no puede ser leído con desprecio por la finalidad para cuya consecución ha sido pensada la norma. Precisamente, la presunción de que quien está en la oficina tiene mayor contacto con el destinatario que el encargado del edificio es lo que justifica que esa alternativa preceda a la otra. Aquí el orden de las hipótesis es relevante. La norma no instala opciones del notificador, como asume la sentencia recurrida, ni alternativas equiparadas. Señala, en cambio, un curso de acción para quien practica la diligencia, curso que comienza por la entrega a la persona presumiblemente más cercana, y posiblemente elegida por el destinatario, prosigue con otra, el encargado, algo más distante, pero cuyas funciones habitualmente comprenden las de entregar correspondencia y mensajes, y concluye escogiendo el lugar más cercano para dejar un texto de cuya entrega no fue posible responsabilizar a nadie. Esto último porque el artículo establece

que “[s]i no pudiere entregarla [la cédula] la fijará en la puerta de acceso a esos lugares”. De ello se deduce, como dije antes, que el notificador tiene la obligación de agotar todas las posibilidades antes de fijar la cédula en el acceso correspondiente.

4. Aunque a esta altura esto es un defecto menor, vale destacar que el acta no da cuenta de haber cumplido acabadamente con la alternativa de entregar la cédula a persona de la casa. Ello así, porque no refiere haber intentado identificar a quien supuso persona de la casa, por lo que no cabe tenerlo por hecho. El intento constituía un cuidado mínimo para intentar establecer si efectivamente era de la casa y, por sobre ello, daba posibilidad de cotejar el testimonio del oficial notificador con un elemento probablemente al alcance del interesado. Esa circunstancia constituyó un motivo de agravio articulado por la defensa (fs. 12), consignado también, por el dictamen fiscal a fs. 25 vta. en el relato formulado a fs. 25, aunque sin atribuirle las consecuencia que aquí señalo.

El carácter inexcusable con que se debe observar, en todo su contenido, la regla del art. 141, no puede verse mitigado por la sospecha, ni aun la íntima convicción, de que el interesado ha tomado conocimiento del acto, ya sea por la vía seguida defectuosamente o por cualquier otra. Ello así, porque la garantía de defensa exige que el Estado esté en posición de acreditar ese conocimiento más allá de toda duda. A ese fin, el legislador ha dispuesto formas solemnes, sólo dispensables cuando consta que el interesado ha tomado la totalidad del conocimiento que corresponde transmitirle, con absoluta certeza, es decir una de grado mayor que el que resultaría de buena parte de las alternativas que la ley admite para practicar válidamente la diligencia, y no menor que la que genera cualquier otra notificación personal.

5. La lógica concibe lo antedicho de la siguiente manera. Existen dos usos comunes de la conjunción disyuntiva “o”: uno inclusivo y otro exclusivo. El uso inclusivo es cuándo decimos “A o B o ambos” mientras que el uso exclusivo “A o B, pero no ambos”. Cualquiera sea el uso de “o” que tomemos, siempre requerirá que se dé, al menos, una de las alternativas, lo que supone, cuando de proposiciones se trata, que una de ellas o ambas sean verdaderas. Vale señalar que el “o” sin aditamento simboliza la inclusiva, mientras que la excluyente requiere una formulación no disyuntiva [*Nota: Véase MENDELSON, Elliott: Introduction to Mathematical Logic, The University Series in Undergraduate Mathematics, 1964, pp. 12/13*].

No es distinto el idioma castellano. En él, las alternativas pueden ser excluyentes, tal el caso del “ser o no ser”, o incluyentes. Ejemplo de esto último es el otorgamiento de un beneficio gratuito a “quien es jubilado o tiene más de ochenta años”. Ciertamente, ello no excluye a quien es jubilado y mayor de ochenta. Tampoco permite deducir que quien no acredite ser jubilado pierde el beneficio, porque resta comprobar la edad; o que lo pierde el menor de ochenta, puesto que resta establecer si es jubilado.

Apliquemos esto al caso que nos ocupa. Es claro que de tener que optar por uno de los usos lógicos normales de “o” deberíamos optar por el inclusivo pues no podríamos sostener que si el notificador entregara una copia de la cédula a una persona de la casa, departamento u oficina y otra al encargado del edificio, o una ambos conjuntamente, esto conllevaría la nulidad de la notificación. Si reemplazamos los símbolos empleados más arriba para representar las proposiciones A por “imposibilidad de entregar la cédula a la persona de la casa, departamento u oficina” y B por “imposibilidad de entregar la cédula al encargado del edificio”, comprobaremos lo que vengo describiendo. Así, si A (imposibilidad de entregar la cédula a la persona de la casa, departamento u oficina) y B (imposibilidad de entregar la cédula al encargado del edificio), entonces (en nuestro caso: “si no pudiera”) “la fijará en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares” (o sea “C”). Siguiendo este razonamiento, si “no A” —o sea, no está comprobada la imposibilidad de entregar la cédula a otra persona de la casa, departamento, u oficina, porque, a pesar de haber encontrado una, no indica ni quién era ni que se haya negado a recibir la cédula —o “no B” —no está comprobada la imposibilidad de entregar la cédula al encargado del edificio, puesto que no indica haberlo buscado —entonces no puede darse C—fijar la cédula en la puerta de acceso correspondiente a estos lugares.

Algunos ejemplos pueden arrojar aún más luz sobre la cuestión. Supongamos que una persona nos dijera: —debes llegar a la ciudad X. Para ello puedes ir por la ruta 1 o por la 2. Si no pudieras, toma el helicóptero—. En este ejemplo, lógicamente equivalente al supuesto que nos ocupa, es claro que el mensaje significa que el destinatario debe, en primer término (antes de tomar el helicóptero), agotar la posibilidad de llegar por ambas vías terrestres, no por una de ellas. Agréguese a ello que si una norma dice: “Usted debe abstenerse de dañar a otro, si no lo hiciera deberá reparar el daño”, no está otorgando alternativas valoradas como iguales al destinatario sino que le impone un orden de prelación en las conductas a seguir. En el caso que nos ocupa podemos aplicar ambos ejemplos. El art. 141, CPCCN impone al notificador la obligación de agotar las posibilidades de entregar en mano la cédula y, al mismo tiempo, dispone un orden de prelación, entre los habilitados a recibir la cédula en el caso de que no pudiera ser entregada al interesado, que deja como última opción al encargado del edificio. Sólo agotados estos supuestos basta fijar la cédula en la puerta de la oficina. De todo ello, debe dar cuenta el acta que labra el notificador.

Aunque la anterior es la interpretación que mejor se acomoda al derecho de defensa y a la letra del artículo examinado, tampoco variaría la solución si se hubiera planteado una alternativa excluyente. Supongamos que la norma hubiera establecido que la cédula solamente podría ser confiada a uno u otro, pero prohibiese hacerlo a ambos a la vez. Pues, igualmente, fracasada la entrega a uno, subsistiría el deber de ponerla en manos del otro. Estos dos sentidos agotan los significados posibles de la disyunción.

En definitiva, lo que no puede ser leído en el art. 141 es que si fracasa una entrega entonces basta fijar la cédula, aunque la otra entrega fuera posible.

6. La Corte Suprema de la Nación ha sentado la doctrina según la cual entre dos interpretaciones posibles de una norma debe optarse por aquella que más armoniza con la Constitución Nacional. En este sentido la CSJN ha sostenido que la adecuada hermenéutica de la ley debe atender a la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento vigente y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (*Fallos*, 314:1445; 321:730 y sus citas, entre muchos otros) Esta regla interpretativa obligaría, aun asumiendo, al solo fin de desarrollar el debate, que ambas interpretaciones (la propuesta por el juez de primera instancia y la antes expuesta) sean sostenibles, a optar por aquella que otorga una cobertura más amplia (y en verdad la única que no lo vulnera) a los derechos constitucionales en juego, en nuestro caso: el derecho de defensa.

7. Por lo antes expuesto, voto por declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, hacer lugar a la queja y revocar la sentencia impugnada mandando dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí sentado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto la solución que propone en su voto el señor juez Dr. Luis F. Lozano.

2. Si bien como regla general es posible afirmar que el ámbito del recurso de inconstitucionalidad regulado en la ley 402 no resulta propicio para adentrarse en la interpretación del derecho infraconstitucional que formulan los jueces de la causa, tal principio debe ceder cuando la parte recurrente logra demostrar que la hermenéutica objetada resulta claramente irrazonable y compromete de manera directa algún precepto que goza de jerarquía constitucional (art. 27, L.P.T.).

En el presente recurso de queja se ha logrado acreditar que, a la hora de valorar la eficacia de la diligencia practicada en sede administrativa con fecha 26/2/2003 (fs. 91 vta., autos principales), la interpretación brindada por los jueces de la causa del art. 141 CPCCN, al que remite el art. 61, L.P.A. de la Ciudad, reside en forma directa el derecho de defensa del administrado (art. 18, C.N.).

Entiendo que no es facultativo para el oficial notificador optar entre entregar la cédula al encargado del edificio o a otra persona de la casa, departamento u oficina. Por el contrario, si no resulta posible notificar la cédula a su destinatario concreto, ni a una persona de la casa departamento u oficina, el funcionario debe buscar al encargado del edificio para recién luego, y dejando debida constancia de las razones que justificaron la imposibilidad de practicar la diligencia bajo las apuntadas modalidades, proceder a fijarla en la puerta de acceso del domicilio constituido.

En estos términos, comparto la explicación que brinda en su voto mi colega, el Dr. Luis F. Lozano.

3. Ya he sostenido en otras oportunidades que las notificaciones que realiza la Administración activa de los actos que dicta deben cumplir estrictamente con las formalidades establecidas por el ordenamiento. Si no reunieran los requisitos que las normas de procedimiento establecen, no producirán sus efectos normales (véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 301). Corresponde recordar, asimismo, que sólo una correcta notificación garantiza el acceso e ingreso a la *tutela judicial efectiva*, concretando el principio de *interdicción de la indefensión*, tal como lo ha resaltado el catedrático Joan Pagés i Galtés de la “Universitat Rovira i Virgili”, Tarragona, Reus —conf. *La codificación en materia de notificaciones tributarias*, parág. 5: “Conclusiones”, *Revista Argentina de Derecho Tributario*, n° 3, pp. 641 y ss., en particular pp. 691 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2002— (conf. mis votos en las causas “Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘GCBA c/Inversora Quillen S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 1888/02, sentencia del 5/3/2003 y “Volkswagen Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: “GCBA c/Volkswagen Argentina S.A. (ex Autolatina Arg. S.A.) s/ejecución fiscal’”, expte. n° 2782/04, pronunciamiento del 19/5/2004).

Por lo demás, tal como lo afirma el señor juez Dr. Luis F. Lozano, es correcto poner de resalto que, en el caso, se trata de una *notificación cursada en sede administrativa* y, en consecuencia, la diligencia cuya validez aparece cuestionada no fue practicada por un cuerpo ajeno a las partes del procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial que, por lo demás, cuenta igualmente con agentes afectados a tal tarea específica, con alta profesionalidad y con conocimiento acabado de las reglas de rito. Por ello, si bien el oficial notificador administrativo debe considerarse un agente público, pareciera que su actuación en el caso es acreedora de un escrutinio particularmente estricto.

Por las consideraciones expuestas, corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida y devolver el expediente para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Sr. Osvaldo Cano, que la queja trae a consideración del Tribunal.

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

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

CX

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘SVA SACIFI C/GCBA
S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES’ EN ‘SVA SACIFI C/GCBA
S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Ejecución fiscal.
Multa ejecutoriada. Medida cautelar. Sentencia definitiva**

Expte. nº 4409/05 - 21/6/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. S.V.A. SACIFI inició demanda a fin de impugnar los actos emitidos por el Fisco mediante los cuales determinó una deuda por diferencias en la liquidación del ISIB (de \$ 39.375,00) y se le impuso una multa equivalente al 65 % del impuesto omitido (de \$ 25.593,80). Solicitó también, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de tales actos.

El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar peticionada por los actores, lo que llevó a la Procuración General a recurrir y, como consecuencia de ello, la Sala II de la Cámara de Apelaciones procedió a “[r]evocar la resolución apelada, sin costas (...)”. Para así resolver, el *a quo* entendió que no se encontraba acreditada en un grado suficiente la verosimilitud del derecho invocado y, en lo que hace a la multa, sostuvo que no resultaba necesario solicitar una medida cautelar, dado que el Gobierno no se encuentra habilitado para iniciar su ejecución, toda vez que, “(...) tal como lo dispone el art. 450, CCyT, la ejecución fiscal sólo puede iniciarse en el caso de ‘multas ejecutoriadas’, es decir aquellas que han sido consentidas o a cuyo respecto se han agotado las vías administrativas y judiciales (...)”.

2. Contra dicha decisión, interpuso recurso de inconstitucionalidad la Procuración General por considerar que el contenido de la sentencia le impide iniciar la ejecución de la multa, sin que exista una medida cautelar que así lo disponga. En el escrito efectúa una interpretación diferente a la realizada

por la alzada sobre la expresión “multa ejecutoriada”, y la vincula con los arts. 125 y 127 del C.F. (t.o. 2004).

La Sala II declaró inadmisibile el recurso porque: *a)* las resoluciones sobre medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva, *b)* no se ha controvertido en la causa la interpretación o aplicación de normas constitucionales, o la validez de normas inferiores por ser contrarias a las constituciones nacional o local, *c)* la discrepancia de la demandada con lo decidido no permite considerar arbitraria a la sentencia.

3. Frente a esa sentencia, los representantes del Estado plantearon ante el Tribunal una queja.

Al dictaminar, el señor fiscal general adjunto propone que se rechace el recurso de hecho. A su criterio, la sentencia impugnada no es la definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja satisface los recaudos de tiempo y forma exigidos para su interposición. Sin embargo, debe ser rechazada.

2. En el caso, la Procuración General no muestra haber puesto en juego en la causa la pretensión de ejecutar la multa, circunstancia que, obviamente, dificulta sensiblemente la exigible demostración de que la sentencia dispuso del derecho de la apelante. Por el contrario, más allá que los fundamentos viertan la afirmación que preocupa a la recurrente, la parte resolutive hizo pleno lugar a su recurso de apelación al revocar la medida cautelar ordenada en primera instancia que suspendía tanto la posibilidad de cobrar el crédito por el impuesto no ingresado, como la multa (fs. 17/18vta.), contenido que agotaba el objeto posible de la decisión.

En tales condiciones, lo resuelto no causa al recurrente un agravio actual. El perjuicio invocado —imposibilidad de instar el proceso ejecutivo tendiente a lograr el cobro de la multa— no deriva de la sentencia apelada sino que constituye una mera eventualidad, consistente en que algún pronunciamiento ulterior, provocado esta vez por un pedido del gobierno de ejecutar la sanción, hiciere mérito de lo dicho por el *a quo* no como fundamento, es decir, como fuente de inspiración doctrinaria, sino atribuyéndole calidad de cosa juzgada. De darse tal situación ésa sería y no esta otra presente la que podría producir un gravamen susceptible de ser traído a esta instancia, al encontrarse en ese proceso en juego la pretensión de la quejosa.

A su vez, la posibilidad de que de la resolución recurrida pueda determinar una futura convicción a un juez al que sea sometida la conjeturada ejecución, no basta para que el Tribunal pueda conocer por medio del recurso de inconstitucionalidad respecto de una sentencia que no causa gravamen de ninguna especie al recurrente por serle totalmente favorable. De otra manera, lo

que estaría haciendo el Tribunal sería evacuar una consulta acerca de la viabilidad de una ejecución no pedida aún por la parte legitimada a ese efecto, lo que obviamente no configura una función jurisdiccional.

En síntesis, el recurso de inconstitucionalidad estuvo bien denegado.

3. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja articulada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por escrito y dentro del plazo legal (conf. art. 33, ley 402). Sin embargo, tal como señala el juez Luis F. Lozano, debe ser rechazado.

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). En este caso, las razones a partir de las cuales el recurrente intenta que el Tribunal habilite su instancia no son suficientes para poner en crisis los argumentos que expusieron los camaristas al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad intentado.

2. En efecto, y como expondré en los apartados que siguen, el auto denegatorio es fundado, y el quejoso no rebate con éxito la decisión que impugna.

a) En primer lugar, el auto cuestionado no es una sentencia definitiva, ni resulta equiparable a tal, en tanto no cierra las posibilidades de la demandada de percibir el monto reclamado. Menos aún hay elementos suficientes para concluir que la demora en el cobro de una sanción de \$ 25.593,80 ponga en riesgo cierto el ejercicio de las atribuciones que la Constitución de la Ciudad le otorga al Poder Ejecutivo.

La multa impuesta por el Gobierno local está discutida en sede judicial. Si se convalida esa sanción, nada le impedirá al recurrente ejecutar su crédito en el futuro y, así, hacer ingresar los montos reclamados al tesoro de la Ciudad.

La decisión adoptada por la Sala II no genera, entonces, un perjuicio de imposible, insuficiente o tardía reparación posterior, por lo cual no corresponde que el Tribunal evalúe hoy los planteos del GCBA.

b) La demandada tampoco demostró que sus planteos superen la simple discrepancia sobre la interpretación de las normas infraconstitucionales que menciona (art. 450, CCAyT, y arts. 125 y 127, C.F., t.o. 2004).

La referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales —en este caso, los mencionados en el punto 2— 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 tantos otros, “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 20 y ss.).

3. Por lo tanto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por mi colega, y juez de trámite en estas actuaciones, Dr. Luis F. Lozano, en tanto propicia el rechazo de la queja interpuesta.

2. Creo oportuno recordar aquí que, tal como ya lo ha sostenido este Tribunal en numerosas ocasiones, “(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*, 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. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279 (en: *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 261 y ss.); y de este Tribunal *in re*: “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido, en: ‘Clínica Fleming s/art. 72, Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001: *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 812 y ss.) lo cual, como bien lo señala el Dr. Lozano en su voto y el señor fiscal general en su dictamen, no ocurre en este caso.

3. Por lo demás, el planteo que se pretende introducir a la consideración del Tribunal conduce al tratamiento de una cuestión insustancial, en tanto este estrado ya tiene resuelto en reiteradas oportunidades, a partir de la causa: “Buenos Aires Container Services S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 1686/02, resolución del 13/11/2002, “que en materia tributaria sólo las ‘multas ejecutoriadas’ son susceptibles de ejecución, como lo dispone de manera expresa y clara el art. 450, CCAyT”, sin alcanzar los argu-

mentos vertidos en el recurso a conmover lo decidido en aquellos precedentes, más aún, cuando la falta de convicción de la quejosa se exhibe manifiesta, al aducir respecto del sentido del art. 450, CCAyT que: “de la simple lectura de tales normas se desprende que la interpretación que sostiene el juzgador *no se desprende inequívocamente de la letra de la ley...*” (*sic*, fs. 26).

A todo evento, resulta poco reveladora de la interpretación propuesta la referencia a diversos preceptos asistemáticos del Código Fiscal, que nada decisivo aportan.

Sobre el punto, valga añadir, por tratarse de un concepto de derecho recibido, sobre el cual no hay margen controversial, que hace más de un siglo y medio, Joaquín Escriche, magistrado honorario de la Audiencia de Madrid, en su clásico: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, definía: “Ejecutoria: El despacho que se libra por los tribunales de las sentencias que no admiten apelación o pasan en autoridad de cosa juzgada a fin de que puedan llevarse a efecto” y “Ejecutoriar: Obtener a su favor en juicio la sentencia que causa ejecutoria, o que confirma de un modo irrevocable el derecho que se tiene sobre una cosa” (conf. ob. cit., publicado por Librería Joaquín Rosa y Bouret, París, 1851, nueva edición, p. 599), con lo cual, mal puede predicarse que una sanción administrativa esté ejecutoriada, cuando carece de estabilidad por hallarse recurrida.

4. Así las cosas, poco agregan las apreciaciones conjeturales que se vierten sobre una eventual prescripción de las acciones y poderes del Fisco para el cobro de las multas tributarias recurridas judicialmente, en tanto no se incardina el argumento con el juego de otros institutos como el de la interrupción y/o suspensión de su cómputo.

Por las razones hasta aquí expuestas, y las que en sentido concordante ilustran el dictamen del señor fiscal general adjunto, la queja debe rechazarse.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite y comparto los fundamentos expuestos por la Dra. Alicia Ruiz en el punto 2 de su voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja planteada por el GCBA a fs. 39/53.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, y se remita al tribunal de mérito para que agregue la queja al principal.

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

CXI

“PROMOCIONES PUBLICIT S/QUEJA POR RETARDO,
PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA”

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

Expte. n° 4758/06 - 21/6/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Dra. Martha Beatriz Serebrenik denunció ante el Tribunal el retardo de justicia en que habría incurrido la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Sostuvo que se hallaba vencido en el principal el plazo dentro del cual la Sala debió resolver el recurso que la ejecutante interpuso contra “la declaración de caducidad de la instancia dictada en primera instancia” (fs. 1).

2. El juez de trámite requirió al presidente de la Sala I que informara al Tribunal sobre los hechos denunciados y el carácter de la representación procesal ejercida por la quejosa (fs. 3).

3. A fs. 7 se presentó el informe requerido, en el que se hizo saber que con fecha 9/6/2006 se había dictado la resolución en cuestión, y acompañó copia certificada de ella.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La sentencia dictada el 9/6/2006 por la alzada, según constancia certificada agregada a fs. 5/6, dejó sin objeto la queja por retardo de justicia presentada ante el Tribunal a fs. 1 (conf. TSJ *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. n° 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. n° 2897/04, resolución del 17/3/2004, y “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. n° 3343/04, resolución del 20/10/2004, entre otros).

En consecuencia sólo corresponde dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de la queja.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Archivar* las actuaciones.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se comuniquen a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con copia de esta resolución.

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

CXII

“GIANELLI, GERARDO JUAN C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)
S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4569/06 - 26/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Gerardo Juan Gianelli, empleado del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, inició una acción de amparo en la que solicitó un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003, el pago retroactivo al 1º de mayo de 2003 de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se cumpla así con la escala establecida en la resol. 37-CM/99 y que se le abone el aumento del 36 % otorgado por el

Consejo de la Magistratura de la Nación mediante resol. 471/04 (fs. 1/7 vta.). El juez de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar al actor los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 99/105 vta.).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 111/127). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 147/149).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 153/174 vta.) que, previo traslado al actor que fue oportunamente contestado (fs. 184/193), fue concedido por la Sala II (fs. 195/196).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 203/205 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 195 vta.), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28/9/2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrel, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Con la salvedad indicada, los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sen-

tencia— son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por el actor. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/9/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CXIII

“ESTEVEZ, JOHANA C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA
S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4570/06 - 26/6/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Johana Estevez, empleada del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, inició una acción de amparo en la que solicitó un incremento de sus haberes de \$ 20 con carácter remunerativo y bonificable desde diciembre de 2003, el pago retroactivo al 1° de mayo de 2003 de la suma de \$ 240, más los intereses correspondientes, para que se cumpla así con la escala establecida en la resol. 37-CM/99 y que se le abone el aumento del 10 % otorgado por el

Consejo de la Magistratura de la Nación. En un escrito posterior modificó el porcentaje reclamado en último término y solicitó el pago de un 36 % de aumento salarial como fuera concedido al Poder Judicial de la Nación mediante resol. 471-CM/04 (fs. 1/6 y 64/65 vta.). El juez de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar a la actora los incrementos salariales solicitados en la demanda y en su ampliación (fs. 117/120).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 121/129). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 157/159 vta.).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 169/191 vta.) que, previo traslado a la actora que fue oportunamente contestado (fs. 194/203), fue concedido por la Sala II (fs. 205/206).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 213/216).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 205 vta.), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrel, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por la actora. Sin costas.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28 de septiembre de 2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CXIV

“PICASSO, MARIO LUIS JUAN C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Admisibilidad. Requisitos. Reglamento Orgánico de los Institutos de Formación Técnica Superior. Sustitución del Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario. Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires. Atribución de la Legislatura. Norma de carácter general. Control abstracto de constitucionalidad. Control difuso. Pretensión de obtener un pronunciamiento judicial individual

Expte. nº 4681/06 - 26/6/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Mario Luis Juan Picasso interpone demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la resol. 884/06 de la Secretaría de Educa-

ción del GCBA, por medio de la cual se aprobó el Reglamento Orgánico de los Institutos de Formación Técnica Superior, que sustituyó al Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario que fuera aprobado por resol. 425/83 del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación.

Como argumento general, el actor sostiene que el nuevo reglamento es inconstitucional porque, al dictarlo, la Secretaría de Educación de la Ciudad se atribuyó funciones legislativas que vulneran los arts. 80, inc. 2º, apartado b), 91 y 103, CCBA y 31 C.N. (fs. 34 vta./35 y 36 vta.).

En particular cuestiona los arts. 7º y 14 del citado reglamento, en tanto establecen concursos abiertos para la designación del personal jerárquico de los centros educativos de nivel terciario, por considerar que conculcan —o podrían afectar— el principio de imparcialidad, la garantía del debido proceso y los derechos al trabajo y de propiedad (fs. 35/37 y 40 vta.).

Se extiende en diversas consideraciones que atañen a su situación personal, a la génesis de los Centros Educativos de Nivel Terciario, y a la vulneración de los derechos de los docentes transferidos por la Nación a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo a los términos de la ley de transferencia de servicios educativos n° 24.049, el dec. 964/92, el Convenio de Transferencia de los Servicios Educativos Nacionales a Jurisdicción Municipal de fecha 19/2/1992, y las actas complementarias 1 y 4 (fs. 34).

Pide “que se declare que el suscripto continúa revistiendo en su cargo y situación escalafonaria conforme la normativa obrante en la primigenia redacción del ‘Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario’ aprobado por la resolución ministerial 425/83 y el Convenio y Protocolo n° 1 celebrados entre el Ministerio de Cultura y Educación y el Sindicato de Empleados de Comercio de la Capital Federal” (fs. 30 y vta.).

En esa misma oportunidad el accionante requirió al Tribunal el dictado de una “prohibición de innovar respecto a cualquier medida que pueda afectar al suscripto, en especial las vinculadas a la normativa que emana del art. 14 del reglamento cuya inconstitucionalidad se impetra...” (fs. 30 vta./31).

2. Por resolución del 26/4/2006 el Tribunal resolvió rechazar la medida cautelar pretendida (fs. 46/48).

3. A fs. 62/65 el actor amplía la fundamentación y el objeto de su demanda de inconstitucionalidad.

En síntesis agrega que la resol. 884-SED/06 también “contraviene” a los arts. 66 y 70, ley 471 y argumenta que el “estatuto particular” que regulaba a los Centros Educativos de Nivel Terciario aprobado por la resolución ministerial 425/83 “únicamente puede ser modificado por Convenio Colectivo de Trabajo” (fs. 62 vta.).

En orden al objeto de la demanda añade un nuevo requerimiento: que se declare la inconstitucionalidad de la resol. 517-SED/06, que aprobó el regla-

mento para la designación por concurso —y convocó a concurso— del cargo de secretario académico que ejerce el actor, por afectar la garantía de igualdad ante la ley (conf. arts. 16, C.N. y 11, CCBA); el principio de imparcialidad (art.13, inc. 3º, CCBA) y el debido proceso (art. 10, CCBA).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La demanda presenta defectos insalvables que obstan a su admisión.

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y que no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas (doctrina del fallo dictado *in re* “Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/6/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 56 y ss., y “Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 577/00, resolución del 30/11/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 426 y ss., entre otros).

Cabe agregar que la ley 402, al reglamentar la acción, no modificó el criterio doctrinario reseñado.

2. En el *sub examine*, de la simple lectura del escrito inicial se aprecia de manera clara que, aun cuando se lo intenta delinear bajo el ropaje de una petición abstracta de inconstitucionalidad, el objeto principal de la demanda consiste en obtener un pronunciamiento judicial individual. Corrobora esta afirmación la solicitud orientada a que este estrado declare que el accionante “continúa revistiendo en su cargo y situación escalafonaria conforme la normativa obrante en la primigenia redacción del ‘Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario’ aprobado por la resolución ministerial 425/83” y los convenios celebrados entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y el Sindicato de Empleados de Comercio de la Capital Federal (véase punto I escrito inicial, fs. 30 y vta.).

Esta característica de la demanda, que obsta al andamiaje de la vía procesal escogida, también se advierte en la concreta finalidad de la medida cautelar que el actor solicitó al Tribunal —y que fue oportunamente rechazada por la incompatibilidad de esta clase de medidas con la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA—, que consistía en la suspensión de “los actos que llaman específicamente a concurso para el cargo

de secretario académico del CENT N° 8” que el actor transitoriamente ejerce (véase punto II de la demanda, fs. 31)

Además, el defecto procesal aludido es reiterado a lo largo de la demanda e, inclusive, en su ampliatoria. Veamos.

- a) En el punto III se lo advierte cuando el accionante expone los hechos que considera relevantes “a los fines de ilustrar sobre el particular marco sobre el cual versa el objeto de la litis” y desarrolla detalladamente “los antecedentes personales del agente en relación a la litis” (fs. 31 vta./32 vta.), desde su primer cargo en el Centro Educativo de Nivel Terciario n° 8 como rector transitorio hasta el de secretario académico transitorio que actualmente ejerce.
- b) La situación se repite cuando alude a la “legitimación procesal del actor”, y manifiesta que “es consecuencia de encontrarse el mismo afectado en su derecho al trabajo, su patrimonio y su estabilidad en el cargo, mediante un inconsulto, írrito e injusto acto administrativo que vulnera claros principios constitucionales...” (fs. 35 vta.).
- c) Similar situación acontece cuando el accionante, a fin de acreditar los hechos aludidos, ofrece la prueba documental del punto 1, inc. c) y la informativa, punto 2) A), incs. a), b), c) y d) (fs. 41), toda atinente a su situación personal.
- d) Finalmente otro tanto sucede en el escrito de ampliación de demanda, en el que se solicita también la inconstitucionalidad de la resol. 517-SED/06, “en cuyo anexo III, se convoca, específicamente al concurso de secretario académico del CENT n° 8, en orden a la carrera de Administración y Relaciones del Trabajo, cuyo cargo detenta el infrascripto” (fs. 63), y se alega que “en el caso de llevarse a cabo el concurso y quedar el aquí requirente descalificado, el efecto directo sería su cese en el referido cargo jerárquico” (fs. 62 vta.).

3. Desde otro punto de vista también debe valorarse que el interesado entremezcla —y hasta confunde— las condiciones de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2°, CCBA, y el art. 17 y ss., ley 402, con las de la acción de amparo —art. 14, CCBA— (véase fs. 35 vta./36 y fs. 37).

En ese orden, más allá de que la vía del amparo —salvo en cuestiones electorales o de partidos políticos— es extraña a la competencia originaria del Tribunal, resulta adecuado recordar que ya se ha expresado en reiteradas oportunidades que la inclusión incidental de una cuestión constitucional como fundamento jurídico de una pretensión de condena no convierte a la acción en aquella prevista en el inc. 2° del art. 113, CCBA, pues es menester que el objeto de esta sea el control abstracto de constitucionalidad (doctrina del TSJ *in re* “Niella, Reinaldo c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCCN)”, expte. n° 62/99, resolución del 16/7/1999, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos

Aires, 2001, pp. 243 y ss.; “Finkelberg, Oscar Guido c/GCBA s/acción declarativa —art. 322 CPCCN”, expte. n° 136/99, resolución del 17/11/1999, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 608 y ss.; “Butowicz, Elena y otros c/GCBA s/inconstitucionalidad”, expte. n° 160/99, 29/12/1999, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 803 y ss.; entre otros), cuestión que, en definitiva, es la que se trasunta en la especie, en la medida de que la declaración de inconstitucionalidad que se pide encierra asimismo la pretensión de que el Tribunal declare que las normas atacadas no afectan el ejercicio del cargo y la situación escalafonaria del actor.

4. Por último, corresponde puntualizar que desestimar la presente acción por las razones *supra* desarrolladas no importa asumir una actitud restrictiva para el andamiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, reglamentada mediante la ley orgánica de este estrado n° 402. Simplemente corresponde exigir de parte de los accionantes la mínima satisfacción de los requisitos de fundamentación para que la petición pueda ser adecuadamente apreciada. Ello así, pues lo que está en juego es la invalidación de una norma que, aún en el control difuso de constitucionalidad, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Esto tampoco significa, claro está, que el actor no pueda insistir, a partir de un planteo que se ajuste a los recaudos procesales pertinentes, en mantener las tachas de inconstitucionalidad que detalla, ya mediante la vía del control difuso ante los tribunales de mérito, ya ante este estrado, por la vía del control concentrado de constitucionalidad (art. 113, inc. 2°, CCBA) con observancia de las exigencias contenidas en la ley 402 (conf. mi voto en “Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)”, expte. n° 3937/05, resolución del 15/6/2005).

5. Por todo lo expuesto, corresponde declarar inadmisibile, tal como ha sido formulada, la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Me adhiero a la solución que propone mi colega el juez José O. Casás en el sentido de no admitir la acción intentada a fs. 30/42 y 62/65.

Asimismo, comparto los fundamentos que él expone en su voto con excepción del punto 4.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Comparto los argumentos vertidos por el Dr. José O. Casás en su voto y propicio la misma solución.

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por el Sr. Picasso debe ser declarada inadmisibile, porque tanto en el relato efectua-

do en el escrito inicial (fs. 30/42) como en la prueba documental acompañada y en la ampliación de fundamentos (fs. 62/65) demuestra que con la demanda pretende obtener un pronunciamiento respecto de su situación particular con relación a la normativa impugnada. El planteo se efectúa de cara a las circunstancias singulares que lo aquejan y pretende resolver en el juicio su situación jurídica individual, lo que torna al caso, claramente, en un supuesto de control difuso de inconstitucionalidad.

Como bien señala el Dr. Casás en su fundado voto, ciertas expresiones que se emplean en la demanda, ratifican que el actor cuestiona la norma para obtener la reparación de su situación particular, como cuando sostiene que “el suscripto debe ser protegido de su estado de necesidad, y del peligro alimentario en el que ingresaría, en el supuesto de ser privado de su cargo y salario” (fs. 35)

En la causa “Aiello, Marcelo Gustavo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1954/02, resolución del 28/2/2003, sostuve que “en la acción abstracta de inconstitucionalidad que prevé el art. 113, inc. 2°, CCBA, no se trata de examinar si un acto de la administración lesiona el derecho de propiedad individual del demandante, situación para cuya solución rigen las acciones tradicionales conocidas, sino de realizar un examen, de rango normativo, acerca de si una norma general se opone a principios constitucionales admitidos en la Constitución local o nacional”.

Este Tribunal ya ha expresado que no puede confundirse el control concentrado y abstracto de constitucionalidad, a su cargo, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que son valoradas situaciones jurídicas individuales. La acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el art. 113, inc. 2°, CCBA, tiene por único objeto impugnar “la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución...”, y provocar la decisión de este Tribunal que, en el supuesto de admitir la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, acarreará la “pérdida de vigencia” de aquella. La sentencia no tiene otros efectos que el que se acaba de señalar. El control abstracto de constitucionalidad se halla, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que sean consideradas contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución Nacional y, por el contrario, no está encaminado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas fueron directamente aplicadas al accionante. (“Blanco, María Susana c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad”, expte. n° 42/99, resolución del 4/6/1999, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 73 y ss.)

3. Por otra parte, la accionante no funda de forma adecuada la existencia de una relación directa entre las normas que impugna y los derechos consti-

tucionales que considera conculcados; por lo que no satisface el requisito establecido en el art. 19, inc. 2º, ley 402 y, por ende, no habilita la intervención del Tribunal por la vía elegida.

La declaración de admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración del Tribunal contenga un debate constitucional fundado con seriedad en el sistema de normas —federales y locales— que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad. No basta, para dar curso a su tramitación, con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo por él formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza, por la que se puede llegar a abrogar una norma de carácter general, por medio de una decisión que proyectaría sus efectos sobre la población en general.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. Coincido con la solución que propicia el voto de mi colega José O. Casás. Tal como surge de los fundamentos allí desarrollados, aunque el actor impugna la validez constitucional de las resols. 884-SED/06 y 517-SED/06, en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, también solicita que el TSJ declare que “continúa revistiendo (sic) en su cargo y situación escalafonaria conforme la normativa obrante en la primigenia redacción del ‘Reglamento Orgánico para los Centros Educativos de Nivel Terciario’ aprobado por la resolución ministerial 425/83” (fs. 30 y vta.).

Esa acumulación de pretensiones resulta, por regla, incompatible con el cauce procesal elegido, orientado exclusivamente a cuestionar la validez de una norma local, de alcance general, por resultar ella contraria a cláusulas de la Constitución de la ciudad y/o de la Constitución Nacional (art. 113, inc. 2º, CCBA y art. 17 de la ley 402). El énfasis puesto en lograr la protección de una situación jurídica individual, cuyo reconocimiento pretende el actor, no justifica deslindar las pretensiones para admitir solo aquella destinada a lograr la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas. En tal sentido, como indica el juez Casás, el control constitucional requerido en autos resulta tributario de una pretensión principal destinada a otorgar certeza a la relación de empleo que vincula al actor con la demandada. Las objeciones constitucionales de carácter abstracto, vinculadas con el menoscabo de los arts. 80 y 13, inc. 3º, CCBA y 16 y 28, C.N., quedan eclipsadas por el tono ambivalente de la demanda. Ella, en definitiva, no logra plantear un debate vigoroso en torno a la legitimidad constitucional de la normativa impugnada con la seriedad exigible en el proceso regulado por el art. 113, inc. 2º, CCBA (conf. mi voto *in re* “Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3725/04, resolución del 16/3/2005).

2. El óbice que impide admitir formalmente la demanda, vale aclararlo, no es que el actor tenga quizás un derecho subjetivo afectado por las resoluciones impugnadas, tampoco que el accionante decida incluir un relato de cómo esa normativa podría alcanzarlo, sino que invoque aquella condición subjetiva como sustento de la demanda. Ello así, por cuanto, la acción declarativa de inconstitucionalidad no exige que la parte actora demuestre ser titular de un derecho subjetivo ni excluye como posible promotor a quien lo detenta (art. 18, ley 402), siempre que la pretensión consista en obtener un juicio abstracto vinculado con la constitucionalidad de las normas cuestionada (conf. TSJ *in re* “Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, y “Héctor Villegas c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, exptes. n° 1268/01 y n° 1276/01, resolución del 27/12/2001). Ese límite, según quedó dicho, aparece transgredido por la demanda de fs. 30/42 y su ampliación, oportunidad en la que el actor sostuvo que “de llevarse a cabo el concurso y quedar el aquí recurrente descalificado, el efecto directo sería su cese en el (...) cargo jerárquico” que detenta, situación que a su criterio, “reafirma la plena legitimación del presentante y cimenta aún más la procedencia de la admisibilidad formal de la demanda” (fs. 62 vta.).

Por las razones dadas, corresponde declarar inadmisble la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por Mario Luis Juan Picasso.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite y agrego:

1. La sola lectura del escrito inicial de fs. 30/42, como de la prueba documental acompañada y la ampliación de fundamentos (fs. 62/65), permite concluir que el Sr. Picasso persigue un pronunciamiento del Tribunal respecto de una situación particular que lo afecta de manera directa y que debió haber sido planteada por una vía procesal distinta de la intentada. Aunque el actor delata esta inadecuación en múltiples afirmaciones que incorpora a la demanda y su ampliatoria, los apartados III. A) y III. C) de su escrito (“Antecedentes personales del agente en relación a la litis”, fs. 31 vta./32 vta. y “La resol. SED-884/06 que se ataca de inconstitucional”, fs. 34 vta./40 vta., respectivamente), exponen inequívocamente el defecto procesal insalvable al que me he referido.

En efecto, los argumentos articulados como sustento de su pretensión (v. gr., “La legitimación procesal del actor, es consecuencia de encontrarse el mismo, afectado en su derecho al trabajo, su patrimonio y su estabilidad en el cargo, mediante un inconsulto, írrito e injusto acto administrativo que vulnera claros principios constitucionales”; fs. 35 vta.) ponen de manifiesto que el Sr. Picasso viene a estos estrados para plantear *un caso* que, según su propio relato, ya ha sometido a “una causa de virtual carácter colectivo” y, en

forma particular, “[a] acciones contra el concurso de rectores *del CENT N° 8* [énfasis aportado], una de amparo ... y otra de impugnación de acto jurídico” (fs. 32). El promotor de la acción sometida a examen por el TSJ concluye del modo siguiente: “Tal es la situación en que permanece el aquí actor hasta el día de la fecha, y que —interpreta respetuosamente— lo legitima plenamente para ejercer la acción que aquí se intenta” (fs. 32 vta.).

2. El Tribunal ya ha expresado, múltiplemente, que no puede confundirse el control concentrado y abstracto de constitucionalidad, a su cargo, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que son valoradas situaciones jurídicas individuales. La acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el art. 113, inc. 2°, CCBA tiene por único objeto impugnar “la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución” y provocar la decisión de este Tribunal que, en el supuesto de admitir la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, acarreará la pérdida de vigencia de aquella.

Considero importante señalar que la titularidad de un derecho subjetivo que ha sido vulnerado por la normativa impugnada no es una condición necesaria para la declaración de admisibilidad formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad, ni una circunstancia impeditiva de dicho planteo, siempre que no constituya *el sustento mismo* de la pretensión, como sucede en el caso (conf. el voto de mi colega, el juez Luis Lozano, punto 2). Muy distinta sería mi conclusión si el actor, al decidir incorporar como un apartado de la demanda lo que él mismo designó “[sus] antecedentes personales en relación a la litis”, hubiese ofrecido una narrativa que tornara ostensible el modo como las normas en crisis podrían afectar a cualquier agente en su misma posición, esto es, en la medida en que su reclamo se hubiese dirigido a plantear, en un juicio abstracto, la inconstitucionalidad de las normas criticadas.

3. Por último, y no obstante el carácter insuperable de los defectos de esta presentación, no es ocioso señalar que el actor persigue la impugnación de la resol. 884/06 de la Secretaría de Educación del Gobierno de la CABA *en su totalidad* (no obstante un cuestionamiento más acentuado de los arts. 7° y 14 de dicha resolución) y en ausencia de una argumentación general (y generalizable), adecuada e internamente coherente en sustento de esa pretendida invalidez.

Al respecto, el Tribunal ha identificado, desde sus primeros pronunciamientos, dos requisitos esenciales del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad: *a)* quien la inicia debe precisar con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucio-

nales con los que las primeras entran en colisión; *b*) la actora debe explicar ineludiblemente, y en forma clara y pormenorizada, las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (*CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 119 y ss.: “Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, sentencia del 5/5/1999).

La ley 402, al regular los procedimientos ante el Tribunal, introdujo un tercer requisito a los mencionados *supra*. En efecto, el art. 19, inc. 2°, exige: “La *menção precisa de la norma* que el accionante estima contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y los fundamentos que motivan la pretensión, indicando los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados” (énfasis suplementado).

4. La demanda no satisface los recaudos explicitados, tan siquiera en forma mínima. Efectivamente, la acción bajo análisis significa la descalificación *in totum* del nuevo Reglamento Orgánico de los Institutos de Formación Técnica Superior. De este modo, la demanda no cumple con la carga de identificar, con la debida especificidad, cuáles son las normas de alcance general que la actora pretende que el Tribunal invalide, y cuáles son las razones por las cuales cada una de ellas es puesta en crisis a través de la *ultima ratio* del orden jurídico, esto es, la pretensión de que se declare su falta de adecuación constitucional.

Como sostuvo este Tribunal en la causa “Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1254/01, resolución del 15/11/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, cit., t. III, pp. 622/623, el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local cuya exclusión del catálogo que lo conforma aquél pretende. Debe citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2, CCBA), pues no parece posible que, frente a una acción de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto. Esta carga no ha sido cumplida por el actor.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada a fs. 30/42 y 62/65.

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

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

CXV

“MAZZUCCO, PAULA VIRGINIA Y OTRO S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘MAZZUCCO, PAULA VIRGINIA Y OTRO C/GCBA S/OTROS
PROCESOS INCIDENTALES’ EN ‘MAZZUCCO, PAULA VIRGINIA
Y OTRO C/GCBA S/AMPARO’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Fundamentación.
Recurso de inconstitucionalidad. Revocación de medida cautelar.
Sentencia definitiva. Agravio de imposible reparación ulterior
por denegatoria de la vía extraordinaria local. Código de Planeamiento
Urbano. Plan Urbano y Ambiental. Aprobación por la Legislatura
con mayoría especial. Procedimiento de doble lectura.
Permiso de obra. Preservación del patrimonio natural,
urbanístico y arquitectónico y de la calidad visual y sonora

Expte. nº 4343/05 - 27/6/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Paula Virginia Mazzucco y Juan Carlos Storani dedujeron acción de amparo contra el GCBA a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Código de Planeamiento Urbano, ley 449 en cuanto incluye la cuadra de la calle El Salvador al 6000 en el Distrito U 20 Zona 5 (Z 5).

Los actores solicitaron una medida cautelar de no innovar para que la demandada, a través de la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro y/o el organismo que corresponda, se inhiba de otorgar permisos de obra en la calle El Salvador al 6000 en general y en particular respecto del inmueble sito en El Salvador 6052 que impliquen la construcción de edificaciones de acuerdo a lo establecido en el Código de Planeamiento Urbano Distrito U 20 Zona 5 (Z 5) (fs. 1/10).

El juez de grado consideró que se hallaban presentes diversas circunstancias que “podrían en principio autorizar el dictado de una medida cautelar”; pero que, como “en autos no obran todos los elementos de juicio pertinentes” correspondía decidir “una tutela provisoria” y, resolvió “1. Solicitar al GCBA que en el plazo de cinco (5) días informe si existen solicitudes de permiso de obra en trámite u otorgados respecto de la calle El Salvador al 6000 (...) y a Legislatura (...), para que dentro del mismo plazo informe sobre la existencia de proyectos de ley modificatorios del Código de Planeamiento Urbano (...) y, en caso afirmativo, la etapa del trámite parlamentario en que se encuentran.
2. Ordenar al Gobierno (...) que se abstenga de otorgar permisos de obra respec-

to de la calle El Salvador al 6000 (...), hasta tanto se resuelva en sentido diverso” (fs. 11/12).

2. Dicha decisión fue apelada por el GCBA (fs. 13/17 vta.) y por la firma “El Salvador 6052 S.A.” quien se presentó como tercero en calidad de propietario del inmueble de esa dirección (fs. 18/27 vta.).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, revocó la sentencia impugnada, sin costas (art. 14, CCBA) (fs. 30/32 vta.).

El tribunal sostuvo que la amparista no logró acreditar *prima facie* que “el Código de Planeamiento Urbano resulte irrazonable en cuanto al aspecto cuestionado, sobre todo si se considera que su elaboración responde a un complejo procedimiento técnico con la garantía de participación comunitaria, y es aprobado por la legislatura mediante un mecanismo especial” y que, además, el proyecto de ley citado por dicha parte “habría sido remitido a la Comisión de Planeamiento Urbano el 23/11/2004, sin que desde esa oportunidad haya tenido otro trámite”.

Según entiende la Cámara, como el derecho invocado por la amparista “no sería verosímil” (fs. 31), la presencia de peligro en la demora no alcanza para mantener la medida cautelar dispuesta en la instancia anterior.

3. La actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 34/44) fundado en la arbitrariedad de la sentencia —con afectación de la garantía del debido proceso y del principio de congruencia— pues, según lo afirma, la Cámara valoró “en forma parcial e incompleta los elementos que se encuentran agregados tanto en el principal, como en el presente incidente, obviando también otras normas legales vigentes y la propia Constitución Nacional y de la Ciudad” (fs. 38).

La Sala II denegó el recurso tras considerar que la actora “no demostró cómo la revocación de la medida cautelar dispuesta en primera instancia resulta asimilable a una sentencia definitiva (...)”.

En referencia a la supuesta cuestión constitucional, el tribunal señaló que “la mera mención de los derechos constitucionales (...) no alcanza a constituir lo requerido por la normativa aplicable, como tampoco logra ese objetivo el desacuerdo con la sentencia recurrida, por diversa que sea la interpretación de la parte de los hechos controvertidos”.

En relación con la alegada arbitrariedad del fallo en crisis, la Cámara sostuvo que su invocación es de carácter restrictivo y se limita a aquellos supuestos en los cuales la decisión recurrida carece completamente de fundamentación (fs. 47/48).

4. Contra la solución denegatoria, Paula Virginia Mazzucco y Juan Carlos Storani recurrieron en queja (fs. 49/66).

5. Corrida la vista al Ministerio Público, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la presentación directa (fs. 71/73 vta.).

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. El escrito de fs. 49/66 no cumple de manera adecuada con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33, párr. 2º de la ley 402 y ello porque el recurrente no logra rebatir las razones por las cuales la Cámara entendió que la decisión adoptada no tenía el carácter de “asimilable” a definitiva (fs. 47 vta.) y, consecuentemente, denegó el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, la resolución cuestionada, que revocó la medida dispuesta por el magistrado de primera instancia —quien aun no se pronunció en definitiva sobre la cautelar (conf. res. del 23 de diciembre de 2004)—, no habilita al Tribunal a conocer en el asunto.

La ausencia de sentencia definitiva define, a mi juicio, el rechazo de la presentación directa.

3. Cabe agregar que la circunstancia invocada por la quejosa en el sentido de que lo decidido por la Sala II “sella definitivamente la posibilidad de que mi parte pueda resistir la construcción de un edificio de más de ocho pisos de altura, según la ley 449 (...)” (fs. 51), no tiene asidero ya que, hasta el momento, sólo se trata de preliminares de medidas cautelares, las que, por otro lado, no causan estado.

4. Por fin, es oportuno recordar que el art. 27 de la ley 402 prescribe que: “El recurso de inconstitucionalidad se interpone *contra las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa” (el destacado es propio).

El Tribunal ya ha señalado en numerosas oportunidades 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 *sentencias definitivas*, excepción hecha cuando el recurrente logra, sin embargo, demostrar que la denegatoria de la vía extraordinaria local le genera “un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior” (conf. “Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3033, resolución del 12/8/2004, entre otros).

5. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta por Paula Virginia Mazzucco y Juan Carlos Storani.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en tanto considera que la decisión recurrida no constituye una sentencia de-

finitiva que habilite la instancia de excepción ante este estrado y, por ello, la presente queja debe ser rechazada.

2. Por lo demás, tal como lo sostiene mi colega, los puntuales argumentos que invocan los recurrentes tampoco resultan idóneos para demostrar que la sentencia atacada —que concretamente revocó una suerte de medida “precautelar” dictada por el señor juez de primera instancia— sea susceptible de generar un agravio de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior que permita equipararla a un pronunciamiento de carácter definitivo (*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. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 261 y ss, entre muchos otros).

En el caso, parece oportuno agregar que todavía resta que el juez de mérito resuelva —finalmente— sobre la medida precautoria peticionada en la demanda, a la luz de la información adicional que requirió al momento de otorgar aquella cautela provisoria —luego dejada sin efecto por la Cámara sin más alcance, pues la jurisdicción apelada está restringida a la resolución que se pretende poner en crisis con el recurso— (conf. punto III de la sentencia del juez de grado de fecha 23/12/2004, copia obrante a fs. 11/12). Será aquella, o el dictado de la sentencia definitiva, la oportunidad de ponderar la legitimidad de las disposiciones o acciones cuestionadas con la finalidad de preservar el “patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y (...) la calidad visual y sonora” de la Ciudad (conf. escrito de inicio, fs. 2) a partir de los principios consagrados en la Constitución local, explicitados por los vecinos constituyentes que impulsaron la recepción de preceptos pioneros en la materia, según lo ilustran sus exposiciones, cabalmente recogidas en el minucioso y documentado voto de mi colega, el Dr. Luis F. Lozano.

Por fin, a mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que el tercero presentado en autos ha señalado que la causa principal se habría acumulado a otra, caratulada “Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/amparo” y que la misma ya se encontraría en condiciones de ser resuelta por la primera instancia también en cuanto al fondo de la cuestión debatida (fs. 83).

En virtud de las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 71/73 vta.), corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Ruiz y a las apropiadas precisiones que efectúa el Dr. Casás en su voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto y a los fundamentos expresados por la señora jueza de trámite y agrego, además, que mi interpretación sobre la condición del recurso que expresa como objeto a la sentencia definitiva es todavía mucho más estricta que aquella que supone ese voto y las declaraciones genéricas del TSJ (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis, párr. 3° del C.P.’”, expte. n° 4170, resolución del 10/2/2006; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Tosto, José Néstor s/inf. art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4178/05, resolución del 22/2/2006; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3° del C.P. — apelación’”, expte. n° 4169/05, resolución del 22/2/2006; “Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3965/05, resolución del 9/11/2005, la primera de las cuales provocó, incluso, un cambio del criterio que sostuve en decisiones previas).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma. Además refuta con éxito la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad oportunamente planteado contra el pronunciamiento de fs. 30/32.

2. Aunque las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencias definitivas*, corresponde hacer excepción a la regla cuando el recurrente logra demostrar que la denegatoria de la vía extraordinaria local le genera “un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior” (conf. “Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3033, resolución del 12/8/2004, entre otros).

Es equiparable a una definitiva la sentencia de Cámara que viene recurrida, en tanto revocó la medida precautelar emitida por el juez de primera instancia que había ordenado “al GCBA que se abstenga de otorgar permisos de obra respecto de la calle El Salvador al 6000 entre Arévalo y Pasaje Convención, a través de la Dirección de Fiscalización de Obras y Catastro y/o el

organismo que corresponda, hasta tanto se resuelva en sentido diverso”. El agravio que provocaría, tanto la liberación del terreno como el comienzo efectivo de la construcción de un edificio, antes de que en esta causa se arribe a una sentencia firme, frente a un pronunciamiento que se expidiera a favor del restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales invocados tendría una magnitud tal que permite asimilar la decisión que revocó la medida de no innovar a una definitiva. Aunque el resultado temido fuera reversible, porque la demolición es una hipótesis materialmente posible, ella conllevaría costos y efectos colaterales que no sería razonable ignorar. La ejecución de la obra representa, para ambas partes del pleito un daño potencial que es conveniente evitar por cuanto su avance, en realidad, generaría mayores perjuicios que los que podría provocar la suspensión.

Por otro lado, en cualquier proceso de amparo en trámite (es decir formalmente admitido) corresponde asumir como única pretensión susceptible de ser propuesta aquella destinada a obtener la restitución del derecho supuestamente conculcado y no su compensación pecuniaria (conf. mi voto *in re* “Rodríguez, Mónica Adriana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, resolución del 20/12/2004). Esa premisa cobra mayor valor frente a cuestiones ambientales que obligan a preservar o recomponer la integridad ambiental antes que reparar, por ejemplo en dinero, los daños causados a su respecto (art. 26, párr. 2º, CCBA). No me expido con lo dicho acerca de que estemos en la hipótesis que justifica el proceso de amparo, puesto que la cuestión no ha sido traída a este Tribunal.

3. En primer término, corresponde señalar que, en su pronunciamiento de fs. 30/2, el *a quo* calificó como cautelar a una medida que el juez de primera instancia había dictado como meramente preliminar al pronunciamiento que emitiría respecto de la pretensión de obtener la prohibición de innovar; y procedió a expedirse acerca de la verosimilitud del derecho en condiciones de instancia originaria, puesto que, como dije, no existía decisión de primera instancia más que la que mandaba mantener la situación hasta que, reunidos ciertos elementos de juicio fuera posible, a criterio siempre del juez de primera instancia, expedirse acerca de la medida cautelar solicitada. Ello sin que el tribunal *a quo* suministrara explicación acerca de por qué estaba en condiciones de pronunciarse directamente sobre el tema excediendo lo establecido en la sentencia sometida a revisión.

La Cámara pudo, con fundamentos adecuados, revocar la precautelar y devolver las actuaciones para que continuaran según su estado. En cambio, no le había sido traído agravio alguno que la legitimara para suprimir la potestad del juez de grado en orden a resolver la medida cautelar requerida, una vez aportada la información que él había estimado como imprescindible al efecto. El modo de abordar la cuestión vino a concretar un exceso jurisdiccional (conf. arts. 229 y 247, CCAyT) que, como expondré en lo que sigue, se

agravó por los vicios que exhibe el razonamiento formulado por la Sala en relación con las cuestiones constitucionales involucradas en el pleito.

La actuación de la Cámara desbordó su competencia y, luego, arribó a una solución que aparece sostenida por fundamentos sólo aparentes.

4. En efecto, para revocar la tutela provisional acordada, el *a quo* sostuvo que, en el caso, no se encontraban reunidos con la intensidad necesaria los requisitos propios de las medidas cautelares. En relación con la verosimilitud del derecho adujo que “los actores no acreditan *prima facie* que el Código de Planeamiento Urbano resulte irrazonable en cuanto al aspecto cuestionado, sobre todo si se considera que su elaboración responde a un complejo procedimiento técnico con la garantía de participación comunitaria, y es aprobado por la Legislatura mediante un mecanismo especial”. Luego, estimó que la presencia de peligro en la demora resultaba insuficiente para mantener la medida cautelar dispuesta (fs. 31).

Al iniciar el amparo, los actores adujeron que diversas cláusulas de la Constitución Nacional y local (arts. 14, 14 bis y 41 C.N. y arts. 10, 12, 18, 20, 26, 27, 29, 81, 89, 90 y concs. CCBA) imponían preservar como “patrimonio (...) urbanístico, arquitectónico y (...) visual”, en su estado actual, la cuadra ubicada en la calle El Salvador entre Arévalo y Pasaje Convención. El paisaje involucrado, a su criterio, en lo que ahora importa, no recibe un tratamiento válido en la ley 449 porque, sin estar ella precedida por el diseño marco previsto en un Plan Urbano y Ambiental (en adelante PUA) conforme lo exige el art. 29, CCBA, lo incluye en el Distrito U 20 Zona 5 (Z5) destinado “a la localización del equipamiento general de la ciudad y vecinal con viviendas de alta densidad, admitiéndose edificios entre medianeras (...) y de perímetro libre (...)” cuando, actualmente, en la zona solo habría “viviendas familiares y pocos comercios de baja altura, mayoritariamente en Planta Baja y solo algunas con edificación baja” (fs. 1/10). Planteo que mantuvo en sus presentaciones posteriores.

Antes de avanzar, es importante señalar que su legitimación para hacerlo no viene ahora controvertida, ni puede ser analizada a esta altura del proceso por estar ligada a situaciones de hecho pendientes de definición en las instancias de mérito y, porque además, no existen claras razones para adelantar un criterio final al respecto.

4.1. Por su parte, al analizar la verosimilitud del derecho invocado, la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario omitió considerar el eje del planteo propuesto por los amparistas. Ellos cuestionaron la validez del Código de Planeamiento Urbano (en adelante CPU), en relación con la cuadra ya identificada, en tanto el diseño urbano que éste adopta no proviene de la norma que la CCBA establece como “ley marco” en la materia (art. 29, CCBA) y permite provocar un cambio en su fisonomía actual, ausente la evaluación global que correspondería al PUA. El argumento de la Cámara según el cual

el segmento del CPU cuestionado no resulta irrazonable, omite establecer —aun con la rigurosidad disminuida, propia de la instancia cautelar— si el procedimiento de sanción que denuncia la sentencia transcrita responde o conforma de manera íntegra el que sostuvo la ahora apelante que previó el constituyente y, otorga en consecuencia, a la decisión cuestionada un fundamento aparente que la descalifica como pronunciamiento judicial válido.

La valoración que la sentencia analizada pasó por alto involucra un tema de suma trascendencia y, tal como fue propuesto en esta causa, muestra aristas complejas que no es prudente subestimar. El tema ambiental y el urbanístico atañen al núcleo central de los intereses locales. No hay duda que el constituyente puso especial atención en el diseño de las políticas que estableció en el capítulo cuarto de la CCBA. Así lo reflejan diversas intervenciones de los convencionales constituyentes: “(...) Los cuatro artículos siguientes [en referencia a los artículos que integraban el proyecto del actual título cuarto de la CCBA, Texto 82°] enuncian las premisas que deben guiar al proceso de ordenamiento territorial y ambiental (...) El sexto artículo compromete a la Ciudad a elaborar un plan urbano ambiental, como punto de arranque del proceso de ordenamiento territorial y ambiental (...) Nuestro último proyecto de Ciudad data de 1962 (...) ante los cambios de gobierno no se [sostuvo] el proceso de planeamiento propuesto. Como resultado, los programas, proyectos, Códigos y Obras Públicas se desarrollaron desde entonces desarticuladamente, convirtiendo a la ciudad en una suma de fragmentos de dificultosa integración (...) Finalmente, hoy contamos con instrumentos de planeamiento insuficientes, como el Código de Planeamiento Urbano, que si bien constituye una normativa importante, no resuelve adecuadamente el desarrollo de la Ciudad dado que no responde a una idea de Ciudad consensuada (...) A los fines de revertir este proceso, es nuestra obligación incluir en el texto de la Constitución el compromiso de elaborar un plan urbano ambiental, según tres criterios básicos: (...) b) Su carácter de ley marco de todas las normativas urbanísticas y obras públicas (a los efectos de asegurar la coherencia de todo el accionar que concurra a su implementación) (...)” (convencional Fernández Meijide); “(...) La acción de los poderes constituidos debe encontrar en las normas constitucionales que es nuestra responsabilidad sancionar el basamento y el marco de sus herramientas. Creemos que el dictamen al que venimos a dar fundamento en nombre de la UCR asegura ese marco” (convencional Vivo); “(...) Tenemos la oportunidad histórica única de incorporar en el Estatuto de la CBA todos los elementos que permitan una gestión ambiental futura con el máximo grado de optimización, lo cual puede considerarse como el primer paso para un cambio de mentalidad en la conciencia ambiental nacional” (convencional Arenas); “(...) Hemos unificado las áreas de Planteamiento Urbano y Medio Ambiente. Hasta ahora la política ambiental había sido un área marginal del gobierno local. Las grandes decisiones que afectaban al ambiente se tomaban en otra parte: los Códigos de Edificación y Planeamiento, las excep-

ciones, los *shoppings*, esas horribles autopistas, todo pasaba por afuera de la política ambiental. Por eso, la necesidad de considerar que el manejo del ambiente y la política urbana son una sola cosa y darle a lo ambiental competencias de la mayor amplitud posible (...) Podemos contrastarlo con algunas decisiones de planificación de los últimos tiempos. Cuando se adoptó en Buenos Aires la decisión inverosímil de construir autopistas urbanas, ningún organismo de planeamiento realizó un estudio que permitiera evaluar si convenía construir autopistas o subterráneos” (convencional Brailovsky); “(...) Toda esta síntesis revela cómo la falta de una política de planeamiento coherente desnivela los diversos sectores geográficos de la ciudad, haciendo más ostensibles las diferencias respecto de las posibilidades de progreso y calidad de vida de sus habitantes (...) Creemos que esta no puede ser una simple actividad de ejecución de iniciativas, sino una tarea que abarque la identificación previa de objetivos y criterios de actuación integral, desarrollando luego un proceso continuo e interactivo sobre lo que se pretende intervenir con voluntad de optimización para el conjunto y no privilegiando intereses de un sector (...) Por todo lo expresado, señora presidenta, la aprobación del presente dictamen constituye un hito para la planificación urbano ambiente. Como arquitecta creo que es estrictamente indispensable desarrollar estrategias y lineamientos de desarrollo urbanos consensuados, en el marco de una misión global de la Ciudad, que permitan evaluar la pertinencia y conveniencia de grandes intervenciones urbanas que comprometen el futuro de la Ciudad y de su gente” (convencional Piñeiro); “(...) Con respecto al Capítulo de Políticas Especiales sobre Protección del Ambiente y Ambiente Urbano, señora presidente, me interesa destacar la importancia del Principio Rector, y el desarrollo de sus incisos, donde se expresan las funciones que la Constitución sancionarse otorga al Gobierno de la Ciudad de manera indelegable. Donde se asegura una política de planteamiento y gestión del ambiente urbano, de acuerdo a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, actuando de esa manera en coincidencia con el concepto de desarrollo sustentable, es decir la aplicación de un modelo equitativo y justo socialmente, que nos permita minimizar la degradación o destrucción de la base ecológica y ambiental de producción y de habitabilidad, sin poner en riesgo la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Se busca preservar, restaurar y mejorar el ambiente, los procesos ecológicos esenciales y los recursos naturales (...) Esto también está previsto en el despacho que estamos tratando hoy, ya que el artículo que dice ... que la Ciudad desarrolla un Plan Urbano Ambiental elaborado con la participación de las entidades académicas, profesionales y comunitarias, aprobado con una mayoría especial, y que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas. Es este Plan Urbano Ambiental donde se define el proyecto de Ciudad, y el modelo consecuente” (Convencional Bravo); “(...) Los procesos de urbanización e industrialización de la Ciudad, caracterizados por una notoria ausen-

cia de planificación, han contribuido notablemente al deterioro de la calidad de vida de sus habitantes (...) Creo, señora presidenta, que con estos artículos estamos dando un paso trascendente en la preservación del medio ambiente en nuestra ciudad ya que los mismos nos brindar[án] el marco para prevenir y controlar muchos de los problemas antes mencionados” (convencional Cortina); “(...) Hemos producido un marco conceptual amplio y abarcativo para una futura legislación ajustada y puntual sobre esta problemática” (convencional Guarido) [conf. *Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996 – Actas*, t. III, pp. 480/82, 490, 497, 501/3, 505/6, 509, 512, 514].

Como consecuencia de estas reflexiones, los convencionales aprobaron el capítulo cuarto CCBA. El art. 29, invocado por los recurrentes establece que: “La Ciudad define un Plan Urbano y Ambiental elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias aprobado con la mayoría prevista en el art. 81, que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas”. El CPU parece, obviamente, parte principal de esa normativa. El PUA, conforme el art. 27, CCBA debe contemplar “(...) 2. La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora (...) 7. La regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habitabilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado (...) La seguridad vial y peatonal, la calidad atmosférica y la eficiencia energética en el tránsito y el transporte”. La sanción de esta ley requiere propuesta del Poder Ejecutivo y exige reunir los votos de la mayoría absoluta del total de los miembros de la Legislatura (arts. 29 y 81, CCBA), en el marco del procedimiento especial de doble lectura, que incluye la convocatoria a audiencia pública para que los interesados presente reclamos y observaciones, previo a la votación definitiva de la Legislatura (arts. 89 y 90, CCBA). Estos textos abonarían la tesis según la cual sólo completado este ciclo (art. 29, CCBA) debería ser sancionado o, en su caso modificado, también previo procedimiento de doble lectura, el CPU por mayoría absoluta (arts. 89 y 90, CCBA). Desde la perspectiva constitucional, la relación entre PUA y CPU se mostraría como una muy rica en consecuencias que cabría presumir tuvo en mira el constituyente. Ella posibilitaría, por una parte, un examen y aplicación de la segunda a la luz de la primera. A su turno, vendría a ilustrar acerca de las finalidades a que las zonas del CPU deben tender, dato relevante como pocos para examinar la legitimidad de los actos administrativos que, finalmente, constituirán la aplicación de ese cuerpo normativo.

En tales condiciones, el encadenamiento entre ambas leyes quedaría patentemente explicado, y podría tornar observable la aplicación de disposiciones de un CPU que no haya sido precedido por la sanción del PUA, cuando la situación de hecho de la zona que esa aplicación puede variar es de aquellas que un plan podría previsiblemente mantener, de modo que tanto la aplicación de la

ordenanza 35.527, previa a la CCBA, o de una reforma de ella implementada por el CPU que no ha cumplido con la regla de la previa aprobación del PUA supone, en la práctica, un posible condicionamiento del referido plan.

La mera vigencia de las viejas reglas —cosa que parece ocurrir en el caso— no está vedada por la CCBA, puesto que ello supondría que la Constitución derogó la ordenanza 35.527, cosa que no se desprende de ningún texto o del debate. Empero esa vigencia, en un juicio concreto, podría depender o quedar supeditada a que no importe una variación de la situación de hecho que verdaderamente condicione el futuro PUA.

La valoración de la perspectiva que brindan las cláusulas constitucionales aludidas no sería completa, si su interprete no tomara en cuenta, además, cuando corresponda, que el Capítulo Cuarto de la CCBA, bajo el título “Ambiente” se limita a mencionar al Plan Urbano y Ambiental, frente a la alusión genérica que de los Códigos de Planeamiento y Edificación hacen los arts. 81, 89 y 90, CCBA. Aquí también podrá buscarse el significado, alcance y presupuestos del procedimiento de elaboración de la política ambiental y urbana local.

Por otra parte, la Legislatura incluyó en el CPU (ley 449, Anexo I, 1.1), luego de establecer que “[E]l Plan Urbano Ambiental constituye la ley marco a la cual se ajusta el Código de Planteamiento Urbano y el resto de la normativa urbanística”, una cláusula transitoria que prevé que: “la ley 71, que contiene objetivos y criterios rectores para la elaboración del Plan Urbano Ambiental, constituye el marco al que se ajustan las disposiciones de este Código hasta el momento de aprobarse definitivamente dicho plan, según lo dispuesto por el art. 29 de la CCBA”. Ello obligará al intérprete a establecer si dicha ley constituye el PUA o lo subroga en alguna medida y, en su caso, la validez de ese mecanismo a la luz del art. 81, inc. 4º, CCBA según el cual la legislatura, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros, “[s]anciona a propuesta del Poder Ejecutivo, el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad”.

4.2. El debate que se propone en autos no parece antojadizo ni sugiere analizar posturas alejadas de la realidad que permitan su rechazo automático. Los antecedentes parlamentarios de la propia ley 71 reflejan la seriedad de la cuestión bajo estudio. A modo de ejemplo puede citarse la intervención del legislador Beliz, quien resaltó que el “Plan Urbano Ambiental va a contemplar políticas de Estado, tenemos que reconocer —por eso quiero que quede claro el espíritu por el cual nuestro bloque está votando el punto 3)— que el Plan Urbano Ambiental es anterior al Código de Planeamiento Urbano. No puede existir ningún tipo de reforma al Código de Planeamiento Urbano si antes no está elaborado el Plan Urbano Ambiental. Porque el Plan Urbano Ambiental no puede ser un juguete que se le otorgue graciosamente, durante un año, a planificadores, a urbanistas, a funcionarios, a entidades representativas de la sociedad civil, mientras las grandes decisiones para definir el uso de la tierra vacante y el uso del espacio público que hay en la Ciudad de Buenos Aires, sean tomados en los próximos doce meses a través de la refor-

ma del Código de Planeamiento Urbano //¿Qué nos preocupa, entre otras cosas, de esas reformas al Código de Planeamiento Urbano? El incremento indiscriminado de la constructibilidad en toda la Ciudad de Buenos Aires. Se proclama, por un lado, que se quiere incrementar la actividad productiva, la construcción y el volumen de edificios en toda la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires. Por cierto, compartimos esta medida y ello quedó reflejado aquí, con el dictamen unánime que hemos elaborado en ambas Comisiones // Pero al mismo tiempo, se envía a esta Legislatura un proyecto de reforma al Código de Planeamiento Urbano que tiende a incentivar la construcción y la concentración en la zona norte de la Capital Federal, en la zona norte de la Ciudad Autónoma. No hay una sola medida diferencial, ni desde el punto de vista impositivo, ni desde el punto de vista de la planificación, ni desde el punto de vista de la visión estratégica de la Ciudad, que aliente a la construcción en la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires. Por eso, todos los legisladores que hemos firmado, en un despacho unánime, este dictamen, lo que estamos buscando, es rescatar la necesidad de establecer ventajas diferenciales para los proyectos urbanísticos y productivos que se lleven adelante en la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires. Creemos, claramente, que esto no puede ser fruto sólo de una declamación, sino que tiene que tener decisiones concretas. Por eso, hasta tanto no se definan los lineamientos de este Plan Urbano Ambiental, el Código de Planeamiento Urbano deberá ajustarse a lo que señala este Plan, y no podrá promover medidas que insisto, están en los hechos, concentrando las barreras sociales, o las barreras de fragmentación que en este momento existen en la Ciudad de Buenos Aires”. También el diputado Jozami indicó que “la Constitución hizo algo mucho más importante que decir que hacía falta un Plan Urbano: definió que ese Plan Urbano era la herramienta fundamental, era el marco prioritario al cual debían subordinarse tanto las obras públicas que se realizaran en la Ciudad de Buenos Aires, como los distintos códigos de Planeamiento, de Edificación, que fueran sancionados o modificados a través de la Legislatura//señora presidenta: es importante aclarar esto, porque por una de estas limitaciones que tiene la labor legislativa y la labor del constituyente consistente en que no se pueden diferenciar, a veces, tanto como sería deseable, la jerarquía de las normas, los distintos procedimientos de sanción y las diferentes mayorías especiales que se requieren, lo cierto es que, tanto para la reforma del Código de Planeamiento Urbano como para la sanción del Plan Urbano Ambiental, se requiere el procedimiento de doble lectura y una mayoría especial//Por lo tanto, una interpretación equivocada del texto constitucional podría llevarnos a pensar que el Plan Urbano Ambiental y el Código de Planeamiento son, en última instancia, dos normas de la misma jerarquía, puesto que requieren –insisto– las mismas mayorías y los mismos procedimientos para ser sancionados. Pensar así, sería desnaturalizar totalmente la voluntad de los constituyentes y el texto mismo de la Constitución de la Ciudad, que dice que al Plan Urbano Ambiental deben subordi-

narse todas las otras iniciativas y las normativas que se dicten en materia urbano ambiental de la Ciudad//Y ésta es una discusión que no sólo tiene interés teórico en la interpretación del texto constitucional, sino que es de la mayor actualidad. Porque nosotros tuvimos conocimiento hace ya tiempo, y está en esta Legislatura, un proyecto de reforma al Código de Planeamiento Urbano. Al mismo tiempo, teníamos la necesidad de dictar, siguiendo con el mandato de la Constitución, los lineamientos y la creación del Consejo del Plan Urbano Ambiental” (conf. versión taquigráfica, Acta de la 20ª Sesión Ordinaria, del 3/9/1998).

5. Más allá de la apariencia, la cuestión debatida supone determinar el alcance de un derecho a la luz de un procedimiento complejo de base constitucional que comprende, según un criterio de los actores no fácilmente descartable, etapas escalonadas y atribuye al legislador competencias a implementar en cuerpos normativos específicos (v. gr., Plan Urbano Ambiental y Código de Planeamiento Urbano, de Edificación), sujetos a requisitos particulares, conforme lo impondría el esquema previsto por el constituyente (arts. 26/30, CCBA). El planteo de los amparistas no desborda el control judicial que corresponde ejercer a los tribunales en el marco de las controversias que les son propuestas. La pretensión se formuló en relación con una situación de hecho concreta, destinada a preservar en su estado actual el paisaje ubicado en la calle El Salvador al 6000 cuya modificación, según los accionantes, por mandato constitucional, exige la definición previa de una política urbana plasmada en el Plan previsto por el art. 29, CCBA.

En el contexto reseñado, nada impedía al *a quo* analizar el procedimiento de sanción de la normativa involucrada a la luz de la Constitución local. Por un lado, el carácter justiciable de tales cuestiones ha sido establecido por jurisprudencia aceptada (conf. CSJN *in re* “Nobleza Picardo”, *Fallos*, 312:3487 y “United States v. Munoz-Flores, 495 US 385 (1990), 495 US 385”). Por otro, los accionantes no propiciaron la invalidez *in totum* del CPU —es improbable que pudieran hacerlo en el ámbito del control difuso que eligieron para debatir la cuestión— sino que alegaron como verosímil su derecho a obtener la preservación del *status quo* actual hasta que la Legislatura, mediante el Plan al que atribuyen capacidad privativa para hacerlo, dispusiera en contrario. La combinación de tales extremos impone analizar, con el nivel de exigencia propio de la instancia procesal en que se encuentre la causa, si el procedimiento de definición de la política urbana establece, como pretenden los actores, el cumplimiento de etapas sucesivas y de jerarquía diversa, es decir, un esquema en el que los Códigos implementan las directrices definidas por el PUA y, en su caso, si ello ha sido observado. En el *sub examine*, ese control resulta excitado por un accionante que alega la necesidad de mantener el estado actual de un sitio determinado, bajo el argumento de que es altamente presumible que un Plan Urbano global desearía preservarlo. Sin abordar este análisis y rebatir lo antedicho, a partir de la valoración de las cláusulas constitucionales invocadas, el *a quo* no pudo emitir un pronunciamiento válido.

A esta altura es importante destacar que un resultado eventualmente favorable para los actores, en la instancia cautelar o con la sentencia de fondo, no podría exceder la pretensión articulada pues no se trata de resolver la inconstitucionalidad del CPU por no haber sancionado la legislatura el PUA, sino en cambio, de resolver la inconstitucionalidad de la regla que permitiría modificar el aspecto actual de la calle El Salvador al 6000 (entre Arévalo y P. Concepción), mientras quepa presumir que la evaluación global a cargo del PUA, aun pendiente, pueda optar por preservarla en atención al valor que ella pudiera representar, o dicho con mayor precisión, mientras se pueda establecer que mantener o alterar ciertas áreas urbanas, y consecuentemente las normas que le son actualmente aplicables, constituye una cuestión a resolver en un PUA. El examen judicial requerido no impacta más allá del objeto que eventualmente podría tener la revisión de un acto administrativo particular destinado a aplicar las reglas previstas por el legislador, cuestionado hipotéticamente por desviación de poder. Nadie dudaría de la posibilidad de controlar una excepción a las reglas que limitan, por ejemplo, la instalación de establecimientos industriales en determinadas zonas. Tampoco *a priori* cabría ocluir el escrutinio del permiso que actualiza la facultad admitida por la regla general, sin analizar los motivos esgrimidos para cuestionarla.

El defecto imputado a la Cámara no queda suplido por la identidad de contenido que el *a quo* asigna a la ley impugnada en relación con la ordenanza 35.527 que desde 1980 le atribuyó a la cuadra involucrada la zonificación objetada por los actores. Ni la antigüedad de la zonificación, ni la reproducción del contenido de la ordenanza en el segmento del CPU atacado despejan el agravio vinculado con la necesidad de analizar el alcance que la demanda atribuye al mandato constitucional contemplado en capítulo cuarto de la CCBA.

En síntesis, los fundamentos brindados por la sentencia de fs. 30/2 no dan apoyo suficiente al análisis de verosimilitud del derecho invocado por la actora (punto 4 de estos fundamentos) ni al dispositivo de la sentencia impugnada que revocó la medida dispuesta en primera instancia a la que, tocará en su caso, resolver las peticiones formuladas en autos.

6. Aunque quedó demostrado que el pronunciamiento de Cámara ostenta serios vicios que lo descalifican como decisión válida, excede las posibilidades de este Tribunal subsanarlos. En efecto, tal como lo señala la Dra. Ruiz en su voto y quedó dicho en el punto tercero de este voto, el juez de primera instancia no se pronunció sobre la medida cautelar requerida. En realidad, ese magistrado se limitó a emitir una precautelar y difirió la decisión cautelar propiamente dicha para el momento en que obraran en autos los datos que estimó imprescindibles para pronunciarse en relación con la tutela cautelar requerida. Por regla, ninguna decisión de este Tribunal en la vía intentada, podría prescindir de un pronunciamiento válido (en el sentido de completo) y previo de las instancias de mérito, pues hacerlo implicaría asumir una competencia originaria al margen de lo previsto en el art. 113, CCBA.

Será tarea de los jueces de mérito establecer, conforme a las circunstancias fácticas y de derecho, si las reglas constitucionales en juego, acorde a la

doctrina que surge de este pronunciamiento, imponen proteger una situación de hecho cuya variación viniera a condicionar un contenido que previsiblemente deberá abordar el futuro PUA, como sería mantener la identidad actual del lugar que defienden los actores, o aun darle una identidad distinta e incompatible con la que resultaría de la construcción cuestionada.

Por las razones dadas corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara y devolver los autos para que continúen según su estado. Además propicio, en función de los motivos desarrollados para arribar al resultado indicado, apartar a la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario para futuras intervenciones en la causa. Costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Paula Virginia Mazzucco y Juan Carlos Storani.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remita al tribunal de mérito para que se agregue la queja al principal.

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

CXVI

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘SOTO, PABLO
JOSÉ C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS”

RECURSO DE QUEJA: RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Arbitrariedad de sentencia. Autocontradicción. Garantía
del debido proceso. Caso constitucional. Principio de congruencia.
Puesto gastronómico. Desalojo. Restitución del espacio público
ocupado de hecho. Persona discapacitada. Permiso de uso precario.
Inexistencia de un derecho subjetivo al uso del espacio público.
Indemnización por los daños causados por el desalojo. Poder de policía

Expte. nº 4345/05 - 5/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Pablo Soto promovió demanda contra el GCBA “por otorgamiento de concesión y daños y perjuicios” (fs. 1) persiguiendo que se le otorgue la concesión y restitución del espacio físico ubicado dentro del perímetro del Hospital General de Agudos “Dr. Cosme Argerich” y una indemnización de \$ 83.000. Conforme el planteo del Sr. Soto, por su condición de discapacitado motor, explotaba desde 1991, “un microcomercio”, en un primer momento en forma precaria y luego con la instalación de un kiosco fijo de metal, dentro de ese nosocomio. En el año 1995, la Dirección de Policía Municipal secuestró sus instalaciones, oportunidad aprovechada por otra persona discapacitada para instalarse en ese mismo lugar, por lo que debió ocupar otro cercano, siendo objeto de una nueva clausura en 1996 y desalojado definitivamente en el año 1998. Asimismo sostiene que reúne los requisitos que establece la ley 24.308 y su decreto reglamentario para que se le otorgue la explotación de una concesión dentro del ámbito del establecimiento público referido (fs. 1/9). El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por el Sr. Soto. Reconoció el derecho del actor a la concesión de un espacio público dentro de las previsiones de la ley 24.308 y rechazó la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios (fs. 28/31).

2. Contra dicho decisorio la actora interpuso recurso de apelación (fs. 32/41), agravándose de que la decisión adoptada deje librado a elección del demandado el espacio físico a otorgar al actor, como asimismo del rechazo de su pretensión resarcitoria de daños y perjuicios y de la imposición de costas en el orden causado.

La Cámara hizo lugar parcialmente a la apelación del Sr. Soto, destacó la imposibilidad de otorgarle la ubicación física exacta que solicitaba, pero condenó al GCBA a otorgarle al actor un espacio físico de idénticas dimensiones y similares características; condiciones que deberían ser verificadas por el juez de primera instancia. Asimismo fijó el resarcimiento de daños y perjuicios en \$ 103.000 e impuso las costas de ambas instancias a la demandada vencida (fs. 46/54).

3. La demandada interpuso, entonces, recurso de inconstitucionalidad (fs. 55/61), el que fue denegado por la Cámara, por entender que el recurrente no expuso de forma adecuada una cuestión constitucional (fs. 62).

4. Frente a este rechazo, el GCBA dedujo recurso de queja ante este Tribunal (fs. 63/72).

5. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por entender que no se halla configurado un caso constitucional y que el planteo de la recurrente sólo refleja una discrepancia con el decisorio que le resultó adverso a sus intereses (fs. 82/85).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 63/77 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402).

2. El GCBA invoca, para sustentar la queja por la denegación del recurso de inconstitucionalidad, la arbitrariedad de la sentencia de la Sala II, que revocó la de primera instancia y lo condenó a otorgar al actor un espacio de características similares al que usufructuaba sin permiso y a pagar una indemnización de \$ 103.000 por los daños generados por la falta de servicio de la Administración que no le concedió el solicitado permiso, obligándolo a litigar para obtener el reconocimiento de su derecho.

3. Si bien la problemática traída a consideración del Tribunal pareciera transitar por el terreno infraconstitucional —lo que determinaría la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Gobierno de la Ciudad— el pronunciamiento recurrido presenta graves defectos de fundamentación que ameritan su revisión por el sendero de la arbitrariedad, pues carece de sustento normativo y efectúa consideraciones que no guardan relación con las constancias de la causa; circunstancia que, a efectos de resguardar el debido proceso, determina que debamos entrar en la consideración del recurso planteado.

Aun cuando la ley que regula los procedimientos ante el Tribunal no contempla la arbitrariedad de la sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no existe, en principio, obstáculo para su procedencia; pues —tal como ocurriera en el ámbito federal en el que tampoco esta causal se encontraba enunciada entre los distintos supuestos del art. 14 de la ley 48, pero fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso registrado en *Fallos*, 112:38, “Rey c/Rocha”— la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional.

4. El pronunciamiento objetado consideró —luego de analizar las previsiones de la ley 24.308, los desalojos ordenados en el año 1995 y la resolución 51.211 del ex Concejo Deliberante de la Ciudad del 12 de diciembre de 1996, efectivizada el 7 de mayo de 1998—, que el Sr. Soto “no cumple con las condiciones establecidas en la normativa que invoca y que habilitarían la posibilidad de reclamar la ocupación del lugar que pretende” y que “las restantes manifestaciones del actor dirigidas a atacar la decisión del *a quo*, en tanto otorga al Gobierno de la Ciudad la potestad de determinar la ubicación del espacio que se le otorgará a Soto resultan carentes de sustento jurídico y constituyen una mera apreciación personal respecto de las características del obrar administrativo” (consid. 9º de la sentencia de Cámara), por lo que no

corresponde hacer lugar al agravio referido a la restitución del espacio que usufructuara desde la fecha en la cual, sin permiso de las autoridades municipales y por vías de hecho —cuestiones admitidas por el actor en su escrito de demanda— ubicara su puesto gastronómico en la entrada del hospital Argerich. A continuación de ello, señala el fallo que, de todos modos, la restitución del espacio pretendido resulta imposible pues, a la fecha, el mismo fue otorgado con permiso legítimo a otra persona discapacitada que tramitó el pertinente expediente ante la autoridad administrativa (consid. 10).

Admitido así por la Cámara que el Sr. Soto no tenía permiso alguno que lo habilitara para usufructuar el espacio disputado y que, además, no reunía los requisitos necesarios dispuestos por la normativa vigente para resistir el desalojo ordenado; en el siguiente párrafo enuncia, sin embargo, que “habiéndose reconocido el derecho del accionante a la ocupación (en primera instancia) de acuerdo a su inclusión en los términos de la ley 24.308, no puede quedar al arbitrio absolutamente discrecional de la Administración el modo en el que el otorgamiento de un espacio público debe ser cumplido” y dispone, revocando lo decidido por el juez de primera instancia, que el Gobierno de la Ciudad se encuentra obligado a otorgar al actor un espacio de “idénticas dimensiones y similares características” al que usufructuaba en la entrada del referido hospital, señalando además que “será necesario que se encuentre —en la medida de lo posible— en un lugar con análogo tránsito vehicular y de peatones..., dentro de la zona en que se encontraba anteriormente el actor o en otra en que éste preste conformidad” (consid. 10).

5. En este punto, y para la cabal comprensión de la cuestión a decidir, debe quedar claramente sentado que —más allá de las consideraciones de la Cámara acerca de que el actor no se encontraría amparado por la normativa invocada— lo cierto y relevante es que el derecho del Sr. Soto a obtener de la Administración un espacio destinado a la ubicación de su pequeño comercio quedó firme, pues fue reconocido en la sentencia de primera instancia y admitido por el Gobierno que no cuestionó la condena a otorgárselo.

Sin embargo, la Cámara hace lugar al recurso del actor, disponiendo, además, las condiciones que deberá reunir tal espacio para satisfacer la condena al ordenar que dicho lugar posea “similares características” que el ocupado de hecho por el Sr. Soto, punto que constituye el efectivo agravio del Gobierno al que encuentro le asiste razón en su planteo.

En efecto, esta decisión del *a quo* carece de apoyo normativo que la avale y aparece manifiestamente contradictoria, ya que el único fundamento que la sostiene es la aseveración —sin que se refiera sustento documental alguno— de que “el actor se ha visto obligado a accionar judicialmente para el reconocimiento del derecho que la Ciudad le ha negado en tiempo y forma”, argumento que remite a la obtención de un espacio para desarrollar su emprendimiento, cuestión que como ya mencioné se encuentra reconocida y admitida, y no a las características que el mismo debe poseer.

La solución de la Cámara resulta claramente improcedente y arbitraria en tanto parece reconocer un derecho subjetivo al espacio cuestionado derivado de la mera ocupación de hecho del lugar. Resulta obvio que tal conclusión no se compadece con principio legal alguno ya que, en nuestro sistema, para exigir un determinado comportamiento a otro u otros es menester ser titular de un derecho o interés reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, ni siquiera los principios generales del derecho administrativo permiten considerar que la situación de hecho que detentaba el actor antes de su desalojo, hubiera podido generar un derecho subjetivo al uso del espacio en cuestión. Es que el permiso de uso que el actor dice poseía para ejercer como “vendedor ambulante” (fs. 9/10 vta. expte. adm. n° 89.561) —pero no para establecerse, con las instalaciones propias de un local, sobre la acera de acceso al hospital (fotografías de fs. 23/41, autos principales)—, configura sólo un acto de tolerancia estatal de carácter precario (puede ser revocado en cualquier momento), que no constituye una “propiedad” en sentido técnico ni genera un derecho subjetivo para su titular.

En autos ha quedado demostrado que, al momento de ser desalojado, el Sr. Soto no contaba con ningún permiso de uso para establecer su negocio gastronómico en la acera del hospital, sino que había ocupado “de hecho” el espacio público. Por lo tanto, su situación aún era más precaria que si hubiera sido reconocido como “permisionario” y completamente insuficiente para que la Justicia le reconozca un derecho a mantener las mismas condiciones de ocupación, ya que si la mera ocupación de hecho no genera ningún derecho sobre el espacio usufructuado ¿por qué si amerita que se le asigne un lugar idéntico?

En definitiva, la imposición de la Cámara no encuentra fundamento en norma jurídica alguna y se sustenta únicamente en una manifestación cierta (el reconocimiento judicial del derecho a obtener un espacio para el desarrollo de su actividad) pero que carece de vinculación argumental con la decisión que se dispone acerca del espacio que el Gobierno debe otorgar al actor, y es por ello que el fallo, en este punto, no cumple con los requisitos contemplados en el art. 145, CCaYT, lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido.

6. La circunstancia de que en la sentencia de primera instancia se le haya reconocido al actor su derecho, como discapacitado, a obtener un espacio donde instalar su puesto, no convierte su ocupación anterior en legítima ni lo autoriza a desplazar a quien goza de un permiso otorgado en debida forma. Tampoco resulta suficiente para condenar al Gobierno de la Ciudad a otorgar un espacio de determinadas características, pues ello avasalla las potestades propias del Poder Ejecutivo que, en nombre de la comunidad, beneficia a los discapacitados con la posibilidad de instalar microcomercios en determinados lugares establecidos de acuerdo a pautas técnicas cuya ponderación no está al alcance de los magistrados efectuar. En conclusión, la condena al

Gobierno local contenida en el consid. 10 de la sentencia de Cámara lesiona el principio de división de poderes y la garantía de defensa en juicio, ya que resulta arbitraria por la carencia de fundamentos normativos y la autocontradicción en que incurre.

7. Tampoco ha quedado demostrado, de acuerdo a lo que surge de las constancias de la causa, la procedencia de la indemnización que concede la Cámara al Sr. Soto por los eventuales daños derivados del desalojo llevado a cabo por la Policía Municipal en cumplimiento de la resol. 51.211 del ex Concejo Deliberante.

La sentencia impugnada señala con claridad que “el actor no contaba con autorización jurídica para el uso del espacio en el que desarrollaba la venta de productos alimenticios...” (consid. 12) presupuesto que habilitaba el desalojo de la acera dispuesto legislativamente.

No obstante ello, la Cámara encuentra que esta situación irregular del actor se genera a partir de la conducta de la Administración que no atendió los reiterados reclamos efectuados por Soto para obtener la restitución del espacio que usufructuaba, de manera que la falta de permiso “...no se debió a una falta de diligencia en su accionar (del actor) sino a la falta de pronunciamiento de la administración, sin que sea posible elucidar por qué, contando con elementos para hacerlo, ésta no resolvió la cuestión, por lo que este Tribunal debe ordenar su resarcimiento” (consid. 12, *in fine*).

Esta conclusión así expuesta, carece, a mi criterio, de aptitud para sustentar la decisión de reparar los daños causados por el desalojo. En efecto, no se advierte ponderación detallada de las constancias administrativas que sostengan las afirmaciones de la Cámara en cuanto a la responsabilidad por falta de servicio que endilga a la administración (consid. 14), ya que —para establecer si el Estado local debe indemnizar al Sr. Soto por el desalojo del comercio que explotaba— debió haberse analizado si se encontraban reunidos los requisitos configurativos de un accionar ilícito de la Administración en el caso (falta de servicio, imputabilidad material de la acción u omisión estatal, daño cierto y relación causal), análisis que se ha omitido exponer en la sentencia como fundamento de la decisión.

8. De las constancias y expedientes administrativos adjuntos se desprende que el día 12/12/1996 el Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires dictó la resolución 51.211, en virtud de la cual dispuso que el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires desaloje de la acera del hospital Argerich todos los objetos muebles utilizados para expender comestibles, debiendo proceder de acuerdo a lo contemplado en el Código de Habilitaciones y Verificaciones en caso que el responsable de tales objetos muebles carezca de permiso o autorización para ocupar la vía pública.

A raíz de ello se inició un procedimiento administrativo que culminó en el desalojo del Sr. Soto del lugar que ocupaba en el frente del hospital Argerich, producido el 7 de mayo de 1998 (fs. 16 del expte. adm. n° 98.819/96).

Cabe señalar, en primer término y con respecto al desalojo en sí mismo, que el propio actor reconoce que no contaba con permiso ni autorización para ocupar ese espacio, por lo que correspondía proceder con la medida dispuesta por el Concejo Deliberante.

Por otra parte, y respecto del lugar que entonces pretendió recuperar para sí el Sr. Soto, este espacio público ya había sido asignado en forma previa al Sr. Zucconi (conf. nota del director del hospital Argerich, de fecha 20/3/1995, haciendo saber a la Administración que —de acuerdo con lo solicitado por las autoridades municipales— le ha concedido un espacio en la parte externa del nosocomio sobre la calle Py Margall y de acuerdo con todas las gestiones y comunicaciones posteriores encaminadas a regularizar la situación de este permisionario, obrantes a fs. 23 y ss. de las actuaciones administrativas n° 98.819/96, que finalizan con el permiso de uso a favor del mencionado Zucconi y el archivo de las actuaciones con fecha 21/6/1995, dispuesto a fs. 36).

Es decir, si bien es cierto que en el mes de noviembre de 1995 el Sr. Soto expresó ante las autoridades su intención de continuar explotando el espacio público que de hecho venía ocupando (fs. 9/11 del expte. adm. n° 89.561), su presentación es posterior incluso a la finalización del trámite del Sr. Zucconi, quien, además, en virtud del art 3° de la ley 24.308 y por su condición de “no vidente”, gozaba de prioridad en el otorgamiento de concesiones de uso para la instalación de pequeños comercios.

9. Como lo señalé precedentemente (consid. 5), el permiso de uso de espacio público constituye un acto administrativo en virtud del cual el Estado “tolera” que un particular ocupe, en forma “precaria”, un determinado espacio público, pero se reserva la posibilidad de revocar dicho permiso en cualquier momento y sin derecho a resarcimiento a favor del titular del permiso. Esto último se deriva del carácter “precario” del permiso (conf. GRECCO, Carlos, y MUÑOZ, Guillermo: *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Depalma, 1992, pp. 34 y ss.; en igual sentido, MARIENHOFF, Miguel: *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, t. V, 1998, pp. 402 y ss.)

Por lo tanto, si aquel particular que goza de una ocupación legítima del espacio público —en virtud de poseer un permiso— no tiene derecho a resarcimiento, mucho menos lo tendrá quien ocupe “de hecho” un espacio público, en forma totalmente irregular.

10. No obsta a esta conclusión el derecho reconocido por la ley 24.308 y su dec. regl. 795/1994.

En lo que nos interesa, dicha normativa le reconoce el derecho a todo discapacitado a obtener una concesión de un espacio público para instalar un microcomercio, y en el caso específico de los que venían ocupando de hecho hace más de dos años un espacio público específico, se les asegura la regularización de su situación.

Pero la forma en que debe regularizarse la situación de estos “ocupantes de hecho” resulta una competencia exclusiva del poder administrador, quien en ejercicio del poder de policía y analizando razones de oportunidad, mérito y conveniencia, deberá determinar dónde y de qué manera podrá dicho ocupante continuar con la explotación de su actividad, teniendo en cuenta la disponibilidad de espacios públicos.

Es decir, el Sr. Soto no tenía el derecho a permanecer exactamente en el mismo lugar y en las mismas condiciones que venía ocupando en el hospital Argerich, no sólo porque las normas mencionadas no lo establecen, sino también porque eso significaría negarle al Estado local la facultad de reglamentar situaciones jurídicas por razones de salubridad, moralidad y seguridad públicas (véase nota del director del hospital Argerich al Sr. Secretario de Salud de fecha 11/3/1997 que da cuenta de que el puesto del Sr. Soto obstaculiza la entrada de emergencia de ambulancias, de irregularidades bromatológicas y de higiene que se observan en el puesto, véase foja a continuación de fs. 45 del expte. n° 89.561), así como también para armonizar el ejercicio de los derechos de los distintos integrantes de la comunidad. El Estado tiene no sólo el derecho sino la obligación de tomar las decisiones que benefician a la comunidad, respetando el ordenamiento jurídico positivo y las reglas de razonabilidad.

II. Por otra parte, resulta relevante destacar que si bien es cierto que el Sr. Soto efectuó presentaciones tendientes a regularizar su situación de hecho, en todo momento planteó únicamente la exigencia de ubicarse en el lugar que fuera concedido a Zucconi; es decir invocando “derechos” sobre este lugar, siempre intentó la restitución del espacio ubicado en la entrada del hospital, sobre la calle Py Margall. Incluso en el año 1999, cuando se dispone el archivo de las actuaciones, en su recurso jerárquico continúa sosteniendo su prioridad en relación al espacio cedido (fs. 79/80 de los autos principales).

De la compulsa de las actuaciones administrativas que obran agregadas no surge petición alguna en la cual el Sr. Soto haya requerido a las autoridades de la Ciudad que se le otorgue simplemente un espacio para establecer su puesto en defensa de su fuente de trabajo, siendo que, tal como lo manifiesta en la demanda, éste era su principal interés.

En suma, teniendo en cuenta que la Administración ya había decidido otorgar el permiso de uso sobre el lugar disputado a otro discapacitado, la pretensión de restitución del Sr. Soto resultaba de imposible cumplimiento y, por lo tanto, mal puede sostenerse que haya existido “falta de servicio” imputable a los organismos intervinientes.

Distinto sería el caso si la Administración hubiera guardado silencio frente al reclamo de algún espacio público o semipúblico en virtud de la ley 24.308, que lo ampara en su derecho de obtener un lugar donde asentar su puesto de venta, pero —según se advierte— tal petición nunca fue concreta. Ello se confirma con la lectura de la disposición 020-DCyP/98 (fs. 23,

expte. adm. n° 98.819/96) que a la vez que archiva las actuaciones producidas por la petición de restitución del espacio público, ordena notificar al Sr. Soto que “para la obtención de un nuevo permiso dentro del marco de la ley 24.308, debería cumplimentar la totalidad de los recaudos impuestos por el dec. 1553-GCBA/97”.

En este punto resulta conveniente remarcar que, el hecho de que el Sr. Soto sea discapacitado y de que la sentencia de primera instancia le reconozca su derecho a obtener un permiso para instalar su puesto de comida, no significa que pueda ejercerlo en el lugar y en la forma que le parezca o le agrade, con prescindencia de las reglamentaciones, controles y permisos de la administración.

En definitiva, considero que las constancias de la causa no avalan el desarrollo argumental de la sentencia, que, ciertamente, serpentea entre posiciones contradictorias y decide sin un adecuado soporte normativo que justifique la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad por los conceptos de daño moral, psicológico y lucro cesante que pudiera haber generado el desalojo dispuesto al Sr. Soto. En efecto, resulta claro que aun cuando estos daños se hubieran producido, no tuvieron origen en la acción de la Policía Municipal sino en la conducta del actor, que insistió en instalar su puesto de comida en lugar no habilitado y sin permiso alguno para ello (art. 1111, Cód. Civil).

12. Sin perjuicio de lo señalado en los considerandos precedentes en cuanto a la falta de causa de la obligación de indemnizar, corresponde una reparación económica al actor en concepto de “daño material” toda vez que, secuestrados los bienes de su propiedad que conformaban su puesto en ocasión del desalojo, los mismos no le fueron devueltos. En definitiva, en relación con este concepto, no puede negarse que existe responsabilidad de la demandada GCBA por haber privado definitivamente —sin causa que lo justifique— al actor de los muebles y materiales sustraídos al desalojar el puesto.

El punto, más allá de las constancias y pruebas que lo fundan y que, en principio, no cabe analizar en esta instancia, no ha sido impugnado por el Gobierno al interponer el recurso de inconstitucionalidad, ni en cuanto a su procedencia, ni en cuanto a su cuantificación. Por ello, la arbitrariedad invocada no alcanza para considerar cuestionado este rubro desde que no se ha desconocido ni el secuestro de los bienes ni su falta de devolución al actor (véase constancias de fs. 730,733 y 746 e informes de fs. 592/602, autos principales).

En consecuencia, corresponde confirmar el monto de \$ 12.000 establecido por la Cámara para reparar la pérdida de los bienes secuestrados por la Policía Municipal, que no fueran debidamente reintegrados a su propietario.

13. En definitiva y por las consideraciones expuestas, voto por revocar la sentencia de fs. 46/54 con excepción de lo dispuesto en el punto 13.1 de sus

considerandos (daño material), que se confirma; quedando firme lo resuelto en el punto II de la sentencia de primera instancia. Atento la forma en que se resuelve, corresponde al tribunal de segunda instancia adecuar la regulación de honorarios efectuada en el punto 15 de su pronunciamiento. (art. 249, CCAyT y 31, ley 402). Las costas en todas las instancias se imponen por su orden, atento a la existencia de vencimientos recíprocos (art. 65, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, y hago propios los fundamentos allí desarrollados, en homenaje a la brevedad. Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de la Dra. Ana María Conde por las razones que sintéticamente explicaré.

2. Los recursos planteados por el GCBA demuestran que la sentencia de condena dictada en autos vulnera su derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N. y 13, inc. 3º, CCBA) en tanto incurre en autocontradicción, omite considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa y condena a abonar una indemnización apartándose de las circunstancias de hecho del caso y el derecho que les resulta aplicable.

Así configurado el caso constitucional, no existe impedimento para que este Tribunal interprete tanto el derecho local 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 TSJ la restricción que el art. 75, inc. 12, y el 116 imponen a la justicia federal. De este modo se da pleno efecto a lo dispuesto por el art. 31 de la ley 402, que impone al Tribunal 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]. Esa situación se verifica en autos pues, acorde con la naturaleza de las funciones asignadas a este Tribunal, la resolución de los planteos del recurrente no impone más que el análisis de cuestiones de derecho, sin avanzar sobre las circunstancias de hecho y prueba que quedaron establecidas por los jueces de mérito, a quienes, por regla, incumbe hacerlo de manera privativa.

3. La sentencia impugnada sostuvo que de los términos del art. 1, párr. 2º, del dec. 765/94 (reglamentario de la ley 24.308) confrontado con los hechos acreditados en autos “claramente se colige que el actor no ha sido desalojado *dentro de los dos años inmediatos anteriores a la vigencia de la ley* (...) hipótesis que le otorgaría el derecho de retornar al lugar donde ejercía el comercio”. Además agregó, “[t]ampoco es posible subsumir su estado en las restantes previsiones que se encuentran detalladas en la disposición jurídica

en análisis” y en consecuencia concluyó que “la situación del apelante no cumple con las condiciones establecidas por la normativa que invoca y que habilitarían la posibilidad de reclamar la ocupación del lugar que pretende” (fs. 50).

Sin embargo, la acertada interpretación que postuló quedó luego neutralizada por la obligación, impuesta al GCBA, de otorgar al actor un puesto de venta que contemple “idénticas dimensiones y similares características a aquel que éste usufructuaba en la entrada del nosocomio ‘Argerich’. En particular [dijo] será necesario que se encuentre —en la medida de lo posible— en un lugar con análogo tránsito vehicular y de peatones, v. gr. la entrada de algún otro edificio público, dentro de la zona en la que se encontraba anteriormente el actor o en otra en la que éste preste conformidad” (fs. 50 vta.). Para fundar lo decidido, adujo que, en tanto quedó firme el pronunciamiento que reconoció el derecho del Sr. Soto a gozar del beneficio previsto por el art. 2º de la ley 24.308, la demora de la Administración en responder a su solicitud de acceso al permiso allí contemplado provocó la situación denunciada en autos, y opera como fuente de la obligación impuesta (fs. 50 vta.). El *a quo* calificó la inactividad formal de la administración como falta de servicio.

El encadenamiento discursivo que propone la Cámara no constituye un razonamiento válido. El reconocimiento del derecho que formuló la primera instancia, consentido por la demandada, no justifica el modo en que la Cámara impuso al GCBA ejecutar las previsiones de la ley 24.308. Para demostrarlo, basta señalar que la Administración nunca estuvo obligada a conceder lo requerido por el Sr. Soto. En efecto, el *a quo* expresamente consideró que las normas aplicables no otorgaban al Sr. Soto el derecho a ejercer su actividad comercial en el lugar por él reclamado. La Administración entre varios requerimientos para acceder al régimen de la ley 24.308, otorgó el espacio en disputa a un no vidente que conforme el art. 3º de esa norma tiene prioridad para obtener la concesión requerida, cuya solicitud, además, fue presentada antes que la del Sr. Soto (véase voto Dra. Conde, punto 8). Por otra parte, el puesto del accionante fue desalojado, entre otras razones, por no cumplir normas mínimas de higiene y obstaculizar el acceso de ambulancias (fs. 31 y punto 10 del voto de la Dra. Conde). En tal contexto, resulta indisputable que el resultado que el *a quo* deriva automáticamente de la demora es incongruente con las legítimas potestades que pudo ejercer la Administración para disponer en relación con la concesión del espacio público reclamada. Por obvio que parezca, tampoco una decisión más expeditiva de la Administración habría, necesariamente, evitado la situación invocada por el actor en esta causa. En este sentido, el pronunciamiento impugnado, tal como indica la Dra. Conde, avanza sin razón sobre atribuciones privativas del Poder Ejecutivo.

4. El carácter contradictorio de los fundamentos que sustentan el pronunciamiento impugnado encubre una flagrante violación del principio de

congruencia porque se aparta de los hechos afirmados en la demanda para sustentar la pretensión articulada en el pleito. Mientras que el objeto del juicio albergaba la pretensión que acogió la sentencia de primera instancia, es decir el reconocimiento de un derecho de menor alcance que el reclamado, la de Cámara, en cambio, introdujo una cuestión ajena a la controversia (falta de servicio) para fundar la condena que impuso a la demanda (conf. 1/9).

Si bien es cierto que se puede considerar como parte de las pretensiones no solamente los reclamos explícitamente formulados sino también los contenidos razonablemente en ellas, es requisito ineludible que éstos puedan considerarse incluidos conceptualmente dentro de esa formulación o derivarse de ella mediante un mecanismo reflexivo previsible para quien tiene derecho a defenderse (conf. mi voto *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005, y “Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 4314/05 y sus acumulados, resolución del 3/5/2006). En el *sub examine* la Cámara cambió la causa en que se fundó el reclamo. La falta de servicio que opera como fuente y factor de atribución para justificar la responsabilidad de la demandada así como las obligaciones de hacer y dar impuestas por la sentencia, nunca fue invocada por la actora; tampoco el debate y la prueba producida la tuvieron en cuenta. A tal punto ello es así que la indemnización otorgada se calculó, conforme lo pidió el actor, en relación con lo que hubiera ganado si no se lo desalojaba y por los sufrimientos que ese hecho le provocó.

5. Un fundamento refuerza, finalmente, lo ya dicho, su desarrollo es abordado para favorecer un análisis amplio de las reglas jurídicas comprometidas, incluso aquellas de orden más general que brindan la perspectiva necesaria para no perder el rumbo. En el marco de la relación creada por la ley 24.308, reglamentada primero por el dec. nacional 795/94 y luego, para la Ciudad, por el dec. 1553/97, el beneficiario obtiene la concesión de uso de un espacio público. Esa calificación jurídica no fue discutida en autos y su análisis excede la competencia de este Tribunal en la vía intentada. El Sr. Soto entiende que el dec. 795/94 le otorgó el derecho a retornar al lugar donde ejerció su actividad comercial, aunque el uso de tal espacio público nunca le fue concedido formalmente. La fuente del derecho que invoca es, entonces, la norma reglamentaria de la ley y no el contrato de concesión que hubiera podido materializar el derecho de uso allí previsto. Así las cosas, la estabilidad de la situación de hecho que el actor atribuye a los términos del dec. 795/94, no puede prevalecer sobre la que vino a imponer la normativa local que la Administración alegó aplicar al momento de asignar el espacio reclamado por Soto (véase expte. adm. n° 98.819/96 fs. 23 y copias allí obrantes de fs. 14/5 del expte. n° 29.928/98). Aún en la mejor hipótesis para el actor, esto es, aquella en que se parte de la premisa según la cual él acreditó haber reunido los extre-

mos que una norma general —el dec. 795/94 citado— tomaba como requisitos para otorgar un derecho de usar el espacio del dominio público, ello no importa haber adquirido irrevocablemente ese derecho, hipótesis por lo demás difícilmente compatible con el destino propio del tipo de dominio de que tratamos. Es usualmente aceptado que las concesiones de uso, al igual que la generalidad de los contratos, tanto los sujetos al derecho público como al privado, tienen una faz contractual, la que les da el contenido del concreto acuerdo de voluntades, contenido, por cierto, reglado en mayor o menor medida según el tipo de contrato, y otra reglamentaria proveniente de las normas generales que les son aplicables supletoria o imperativamente. La primera, por regla, constituye un bien tutelado por el art. 17, C.N. y 12, inc. 5º, CCBA, por lo que es intangible salvo consentimiento del titular o sustitución compensatoria por causa de utilidad pública. La segunda, en cambio, como expresión de una potestad estatal que regula la forma de ejercer el derecho de uso concedido, siempre puede ser modificada por la autoridad pública competente (conf. MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. V, 4ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 447), situación que resulta expresada habitualmente por el apotegma según el cual no hay derecho adquirido al mantenimiento de un régimen general. A esta altura del pleito nadie controvierte el derecho del actor a acceder al beneficio previsto por la ley 24.308, la sentencia de primera instancia quedó firme en ese aspecto. El GCBA, en cambio, reivindica su potestad para determinar la forma y condiciones de ejercicio de aquel derecho. Frente a ello, por lo aquí explicado, no basta al actor mostrar que una norma general le acordaba una consecuencia jurídica a la ocupación de hecho del espacio para sostener su invocado derecho al mantenimiento de las condiciones primigenias de aquella ocupación.

6. El resarcimiento económico acordado al actor resulta alcanzado por los vicios antes señalados. La Sala II luego de reconocer que la pretensión resarcitoria esgrimida en la demanda tenía origen, según el actor, en un desalojo ilegítimo, y confirmar el acierto del juez de primera instancia que así lo postuló para rechazarla, invoca nuevamente el supuesto de falta de servicio para otorgar la reparación reclamada. Sin embargo, entre los daños reconocidos y la demora invocada como fuente del resarcimiento no hay relación causal adecuada. El retardo en responder al pedido formulado por Soto, en tanto nada imponía a la Administración otorgar la concesión en los términos requeridos (punto 3 de estos fundamentos), no puede justificar la compensación pedida y admitida por la Cámara. El normal desarrollo de los acontecimientos no permite considerar a la falta de servicio imputada al GCBA como causa eficiente de los daños invocados por el actor, es decir, el resultado que la sentencia le atribuye (art. 901, Cód. Civil). Toda vez que no viene demostrado que pesara sobre la administración el deber de decidir en el sentido y con el alcance pretendido por el Sr. Soto, no cabe suponer omisión dañosa imputable a la demandada como falta de servicio.

Las razones brindadas por la sentencia de primera instancia para denegar la reparación de los daños y perjuicios invocados brinda sólido fundamento a lo decidido en relación con el lucro cesante, daño moral y psicológico reclamados, por tanto, a ellas cabe remitirse en honor a la brevedad.

En cambio, esos argumentos básicamente relacionados con la aplicación del principio receptado por el art. 1111 del Cód. Civil, no resultan aptos para revisar la reparación en concepto de daño material (vitrina mostrador VPM-2000, estructura metálica, techo y toldo, según detalle de fs. 4 vta.). Ello así, pues el recurso de inconstitucionalidad no incluye agravio alguno que permita revertir lo decidido en este punto por el *a quo*. A su vez, como acertadamente adujo el accionante al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia (fs. 38vta./39), la privación definitiva de los bienes de su propiedad no debía resultar del secuestro (véase fs. 343 autos principales). Por otro lado, el GCBA no cuestionó la autenticidad del acta 340.213 ni la de la nota 244-DCyP/98, de las que surge el secuestro de una vitrina y el desalojo del puesto del Sr. Soto (fs. 733 y 746 autos principales). Antes bien, en el recurso de inconstitucionalidad menciona expresamente, como dato no controvertido, el operativo que aquellas reflejan (fs. 61). Esas constancias, conjuntamente valoradas por el *a quo* con las respuestas obrantes en los oficios de fs. 592/602 (inexistencia de comprobantes relacionados con el destino de los objetos secuestrados), llevaron a la Cámara a otorgar al actor la suma de \$ 12.000 como reparación en concepto de daño emergente. El resultado al que arribó la Sala II, en este punto y, al margen de los argumentos en que pretendió fundarlo, es correcto a la luz de las reglas jurídicas que gobiernan el derecho de propiedad. En tal contexto, corresponde confirmar el pronunciamiento en cuanto otorgó una indemnización de \$ 12.000 para reparar el daño emergente reclamado en este pleito.

Por los motivos expuestos, los que en sentido concordante desarrolla la Dra. Ana María Conde, y oído el señor fiscal general adjunto, corresponde: admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar el punto 1 de la sentencia de fs. 46/54, revocar parcialmente el punto 2 (con el alcance indicado en el apartado 5 de este voto) y, en consecuencia, por los fundamentos expuestos en la sentencia de primera instancia, rechazar la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante, daño moral y psicológico y confirmar el resarcimiento otorgado por la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario para reparar el daño material reclamado. La solución que propicio impone revocar la regulación de honorarios efectuada en el punto 15 del pronunciamiento en tanto la base regulatoria tomada en cuenta por el *a quo* —el total de los daños y perjuicios allí reconocidos— quedó sin sustento (fs. 848/856, autos principales; conf. art. 249, CCAyT y arts. 2º y 31 de la ley 402), para que el tribunal de segunda instancia adecue la regulación

comprometida. Costas por su orden, en todas las instancias, por existir vencimientos recíprocos.

La jueza ALICIA E. C. RUÍZ dijo:

1. La presentación directa del GCBA ante este Tribunal debe ser rechazada. Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

No dejo de advertir que estamos frente a uno de esos casos en que el fondo del asunto es inseparable de las cuestiones que hacen a la admisibilidad del recurso intentado, dado que lo puesto en discusión por el GCBA es si los camaristas intervinientes dictaron un fallo arbitrario. Sin embargo, el escrito de fs. 63/76 vta. sólo reitera las insuficientes razones que la demandada presentó ante la Sala II para demostrar la existencia de un caso constitucional. Lo expuesto por el recurrente acerca de la supuesta trascendencia de las cuestiones debatidas —punto que tampoco fue suficientemente desarrollado— no exime al accionado de acreditar el rango constitucional de sus agravios (fs. 65vta./6).

2. El Gobierno local (conf. fs. 66 vta.) consideró que la decisión de la Sala II —respecto de la apelación del Sr. Soto— era contradictoria e infundada. Sostuvo —concretamente— que ese decisorio “le otorga al actor un espacio físico para la venta de productos alimenticios al margen de toda la normativa vigente y, lo que no es menos grave, sin que el accionante posea título legítimo alguno, se condena a mi mandante a abonarle abultadas e improcedentes indemnizaciones, [lo que] vulnera abiertamente la competencia atribuida constitucionalmente a mi mandante para dictar normas y efectuar el ejercicio del poder de policía” (fs. 64). Ese fallo, que el GCBA calificó de arbitrario, habría violentado su derecho de defensa, la garantía de debido proceso, el principio republicano de gobierno, el derecho de propiedad e implicaría una injerencia de la justicia en las normas dictadas por el Gobierno local en ejercicio válido de su poder de policía (fs. 56 vta./57).

3. No puede obviarse que la decisión de primera instancia —que reconoció el derecho del actor a obtener una concesión para explotar el espacio público, aunque no hizo lugar a su pedido de indemnización— sólo fue apelada por el Sr. Soto. Incluso, esto fue destacado por los camaristas cuando indicaron que había un aspecto de la sentencia de primera instancia que estaba firme: el reconocimiento “[d]el derecho del actor a la explotación de un espacio físico de conformidad con lo dispuesto por la ley 24.308 y su dec. regl. 795/94” (fs. 50 vta.).

4. La instancia de apelación, que —como dije— sólo fue activada por el Sr. Soto, tenía como exclusiva finalidad analizar dos cuestiones: *a)* el pedido de reinstalación efectiva del amparista *en el mismo espacio que ocupó hasta noviembre de 1995* y, *b)* el otorgamiento de una indemnización por los daños supuestamente provocados por la Administración.

La actora, para fundar el agravio vinculado a la reinstalación del puesto en el mismo sitio en el que se encontraba antiguamente, expuso una de las formas en que se podrían interpretar la ley 24.304 y su decreto reglamentario. Los jueces que decidieron el caso dieron la razón al GCBA en este punto y, en consecuencia, indicaron (fs. 50) que “se advierte que la pretensión del recurrente no se deriva de las normas que reseña [ley 24.304 y su decreto reglamentario]”. Ahora bien, es necesario clarificar cuál era “la pretensión del recurrente” que, según la Sala II, no “se deriva de las normas que reseña”.

5. Si se realiza una lectura completa del fallo de fs. 46/53 vta. —y del recurso que lo precede— se concluye en que los camaristas sólo indicaron que no se podía obligar a la Administración a “devolver” al actor el *mismo* sitio que explotaba; ésa —y no el reconocimiento de su derecho de explotación— era la cuestión debatida en segunda instancia.

La Cámara no sostuvo que el Sr. Soto carecía del derecho a explotar comercialmente un espacio público y, de todos modos, obligó a la demandada a otorgar la autorización de uso correspondiente.

Por el contrario, los magistrados concluyeron que —atento los supuestos incluidos en la normativa aplicable, y considerando, además, que ya se había expedido a otra persona un permiso para explotar el sitio reclamado— el amparista no podía exigir su reinstalación en el *mismo* lugar del que había sido desalojado. Sin perjuicio de ello, entendieron que en tanto el accionante debió recurrir al Poder Judicial para que se le reconociera el derecho que la Administración le había negado, no era posible que el Gobierno local tuviera amplias facultades para asignar la ubicación y tamaño del *nuevo* espacio donde el Sr. Soto podrá ejercer el comercio. Por lo tanto, correspondía fijarle a la parte vencida ciertas reglas para el cumplimiento de la sentencia.

Es decir, y tal como surge de la parte dispositiva, la Cámara hizo lugar sólo parcialmente a la petición del apelante, y dejó librado al criterio del Poder Ejecutivo cuál será el lugar específico donde al actor podrá desarrollar su comercio.

Sobre esta base, los argumentos del Estado local —vinculados al ejercicio del poder de policía y a la adecuada fundamentación del fallo— no responden a una lectura completa de la sentencia, ni presentan apoyo constitucional alguno.

6. Con relación al pago de indemnización por daños, los miembros de la Sala II fundaron ese punto de la sentencia en que “el motivo que diera origen al desalojo del accionante fue una norma que hizo mérito de la falta de permi-

so de ciertos individuos para la ocupación de la vía pública (...) [N]o es posible afirmar que Soto haya intentado un actuar ilegítimo, pues encontrándose alcanzado por la ley 24.308, peticionó a las autoridades administrativas el reconocimiento de tal situación y de los derechos que de tal norma general le correspondían ejercitar. El hecho de que el actor se encontraba alcanzado por la norma resulta, en los presentes, indiscutible en virtud de la decisión jurisdiccional adoptada por el magistrado anterior que goza de firmeza, en lo que a ese punto respecta. De tal modo, la falta de concesión del permiso solicitado por el actor, en diversas oportunidades ante la administración ha resultado arbitraria, infundada e ilegítima (...) Además, en este punto, es concluyente lo afirmado por la propia demandada en su contestación de agravios, toda vez que allí expresó que ‘...la correcta solución a la que arriba el sentenciante rechazando la pretensión de que se le restituya el espacio ocupado violentamente por una parte pero reconociendo al actor su derecho a que mi mandante le conceda un lugar físico para instalar su local de acuerdo a las pautas generales establecidas para todos los discapacitados por otra, debe ser confirmada en esta instancia’; en otras palabras, ello importa reconocer la existencia del derecho invocado por el actor, luego desconocido por la Administración” (conf. fs. 51/vta.).

Asimismo, los magistrados agregaron que “dado que el desalojo del actor se fundó —sustancialmente— en que carecía de permiso para ocupar el espacio en el que se hallaba y que, como quedó dicho, ello no se debió a una falta de diligencia en su accionar sino a la falta de pronunciamiento de la administración, sin que sea posible elucidar por qué, contando con los elementos para hacerlo, ésta no resolvió la cuestión, este Tribunal debe ordenar su resarcimiento” (fs. 51vta./2).

Ninguno de los argumentos del GCBA tienden a demostrar cuál es la falla en el razonamiento de los camaristas sobre esta cuestión. Sus alegaciones se derivan —exclusivamente— de considerar que el Sr. Soto no tenía derecho alguno a explotar el espacio público, y este punto, como expuse más arriba, ya no podía discutirse. La Ciudad, en consecuencia, no aporta ningún elemento de rango constitucional para demostrar que no correspondía indemnización alguna en favor del Sr. Soto.

7. Por otra parte, la simple lectura de esta queja (puntualmente, conf. fs. 73vta./75) permite advertir que la demandada introduce en esta instancia el debate sobre cuestiones de hecho y prueba que, además de ser ajenas a la competencia del Tribunal, no expuso como agravio cuando tuvo oportunidad de apelar la sentencia de primera instancia. En esa oportunidad —tal como mencionaron los camaristas (fs. 51 vta.)— en lugar de objetar aquel fallo, la quejosa defendió su contenido.

8. Más allá de que pueda compartirse o no el criterio expuesto por la Cámara al resolver el caso, lo cierto es que la Ciudad no pudo demostrar que

el fallo carezca de fundamentación adecuada o que sea contradictorio. En consecuencia, entiendo que —simplemente— los planteos del recurrente parten de una lectura parcial de una sentencia que consideran desfavorable.

Como reseñé en los puntos anteriores, la decisión de la Sala II contenía razones que —independientemente de su acierto o error desde la perspectiva de las partes— tienen bases normativas, consideran el desarrollo que tuvo este proceso y, sobre todo, dejan a resguardo las reglas constitucionales vigentes.

La referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales —en este caso, los mencionados en el punto 2— 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 tantos otros, “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, pp. 20 y ss.).

9. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja agregada a fs. 63/76 vta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

La solución de la señora jueza Alicia Ruiz, que me antecede y a la cual me adhiero, en el sentido de que rechaza el recurso de queja por recurso anterior de inconstitucionalidad denegado por la Cámara, resulta correcta por las siguientes razones, sintéticamente expresadas:

1. La sentencia del señor juez de primera instancia, en tanto impone un deber a las autoridades administrativas de la Ciudad, ha quedado firme, pues no fue recurrida por la Ciudad, que aceptó así el veredicto más allá de su acierto o yerro (punto 3, voto de mi colega señalado, aspecto reconocido por el mismo fallo criticado, como no podía ser de otra manera).

2. Resulta claro que el recurso de inconstitucionalidad sólo se funda en discrepancias del recurrente con la sentencia impugnada por razones valorativas respecto de la prueba e interpretativas respecto del derecho aplicable, cuestiones éstas que, al menos en principio, quedan al margen de la competencia del TSJ por el recurso intentado, atinente sólo a razones de orden constitucional (punto 5 *in fine* del voto de mi colega, antes mencionado). En la organización judicial de la Ciudad de Buenos Aires, este Tribunal no constituye, por su competencia, un tribunal de tercera instancia, ni siquiera frente a la interpretación del derecho común (infraconstitucional), esto es, no se trata de un tribunal de casación y su competencia recurrida se agota en el art. 113, inc. 3°, CCBA, como claramente lo expone la ley 402, art. 27, reglamentario de esa facultad.

3. El recurso se agota en el desarrollo de la *arbitrariedad* y tan sólo como motivo de agravio de la reparación a la cual arriba la sentencia de la

Cámara en razón del recurso intentado solamente por el actor contra la sentencia de primera instancia, conforme a su demanda. Acerca de ello rige mi negativa —salvo casos excepcionadísimos— (conf., por todos, “Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005) de revisión por este motivo.

Ella, sintéticamente, toma en cuenta que: *a)* éste no es un motivo del recurso por inconstitucionalidad; *b)* al ser citado el motivo a modo de agravio, sin explicar su relación íntima con el caso concreto, sólo traduce una discrepancia con el fallo impugnado que no es de naturaleza constitucional sino, a lo sumo, relativo a la interpretación del derecho infraconstitucional aplicable al caso, con la pretensión inadmisibles —jurídicamente, según quedó dicho— de arribar a una tercera instancia; y *c)* examinada objetivamente la sentencia de Cámara que se ha impugnado, se advierte que ella, más allá de que subjetivamente pueda coincidir con la solución que propicia o, por lo contrario, sostener una idea contraria acerca del caso o de la interpretación de la ley aplicable a él, contiene las razones por las cuales los jueces arribaron a esa decisión; esto es, ella no responde a voluntarismo judicial alguno (punto 7, voto mencionado).

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja agregada a fs. 63/76 vta.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA y *revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario con excepción del punto 13.1 que se confirma, quedando firme lo resuelto en el punto II de la sentencia de primera instancia.

2°. *Imponer* las costas por su orden en todas las instancias.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja a los autos principales y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

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

CXVII

“METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘BATLLE,
MERCEDES BEATRIZ C/GCBA Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS
(EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Metrovías. Resarcimiento de daños y perjuicios por instalación de escalera mecánica. Excepción de incompetencia. Denegatoria del fuero federal. Sentencia equiparable a definitiva. Juez natural. Intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires. Causa contencioso-administrativa. Competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario

Expte. n° 4412/05 - 5/7/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Mercedes Beatriz Batlle interpuso demanda contra el GCBA y contra Metrovías S.A. ante la justicia contencioso-administrativa local, tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que habría sufrido cuando “a pasos del descanso de la escalera mecánica y al pretender acceder a la calzada, un piso resbaladizo con sorpresivo y pronunciado desnivel, hizo que cayera pesadamente sobre la acera produciéndome fracturas con los consiguientes daños y perjuicios...” (fs. 1). Atribuye a Metrovías S.A. responsabilidad por la instalación de la escalera mecánica que, con riesgo para las personas, culmina sobre el nivel de la calzada (fs. 1 vta., 3 y 3 vta.) y al Gobierno local por “el deber de custodia de los ciudadanos y contralor de toda obra que pueda afectarlos...” (fs. 3 vta.).

Al contestar el traslado, Metrovías S.A. planteó las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva (fs. 53/58 vta.). La primera, basada en el art. 129, C.N., arts. 5° y 8° de la ley 24.588 y art. 43 de la ley 23.637. Sostiene que la justicia de la Ciudad es incompetente para entender en un proceso de esta naturaleza y que éste debe tramitar ante la justicia nacional en lo civil (fs. 53/58 vta.).

2. En lo que interesa a los fines de esta queja, la jueza de primera instancia rechazó la excepción, con remisión a los fundamentos del dictamen fiscal, que no fue acompañado por la recurrente (fs. 62). Metrovías S.A. planteó recurso de apelación contra esa sentencia (fs. 63/68). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la decisión (fs. 69), por los fundamentos expuestos por la fiscal de Cámara en su dictamen (fs. 70/73).

3. Contra esa decisión Metrovías S.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad. Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y sostuvo que la Cámara no había analizado los fundamentos que expresó en su apelación (fs. 74/80 vta.).

El tribunal *a quo* denegó el recurso de inconstitucionalidad porque el pronunciamiento recurrido no tiene el carácter de definitivo ni equiparable a tal y porque la recurrente no introdujo, de manera clara y precisa, una cuestión constitucional (fs. 81).

4. Metrovías S.A. dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 85/96). Requerido su dictamen, el fiscal general propuso que se rechazara la queja por no cuestionarse una sentencia definitiva ni equiparable a ella (fs. 105/107).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido planteada en tiempo y forma. Sin perjuicio de ello es preciso efectuar ciertas aclaraciones previas a decidir su admisión o rechazo.

2. La recurrente expresa en sus escritos que la sentencia que rechaza la excepción de incompetencia por ella planteada (para que el caso sea juzgado por la justicia nacional en lo civil y no por la justicia local) permite que tal decisión sea considerada “sentencia definitiva” a los fines del recurso extraordinario federal. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que transcribe en apoyo de su petición no se vincula directamente con la cuestión debatida en la causa, ya que se refiere a la denegatoria del *fuero federal*. Es claro que la decisión de la Corte Suprema de equiparar a “sentencia definitiva” las decisiones que, en las etapas iniciales de un proceso, deniegan el fuero federal cumple la función de permitirle una vía de control inicial de aquellas causas en que alguna de las partes postule la existencia de un interés federal involucrado, que justifique la competencia que la Constitución de la Nación y las leyes establecen para los tribunales del gobierno federal. La invocación por la recurrente de esa corriente jurisprudencial debió ser seguida de la explicación de las razones por las que tal criterio resultaría igualmente aplicable en los casos en los que se deniega la competencia de la *justicia ordinaria*, que en la Ciudad de Buenos Aires ejercen, hasta hoy, los denominados jueces nacionales.

3. Más allá de no haber sido objeto de invocación por la quejosa, no desconozco lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —por remisión al dictamen del procurador fiscal— en la causa “GCBA v. Alberto Sabino Soto” (*Fallos*, 325:1520), sentencia del 27/6/2002, en donde se expresó que la resolución que “importa la denegación del fuero nacional oportunamente invocado por el apelante” se equipara a sentencia definitiva. Según el

fallo citado, esta cuestión pone “en juego el principio del juez natural, regido por disposiciones constitucionales”. Sin embargo, la insuficiencia argumental señalada a la recurrente en el párrafo anterior, es igualmente ostensible en el dictamen del procurador fiscal ante la Corte. La lectura de su dictamen, al que la Corte Suprema se remite en su sentencia, revela que no ha ponderado esa cuestión, con la grave consecuencia de haber inaplicado una disposición local válida y vigente, sin justificar las razones por las que ella debía excluirse para la solución de la controversia.

4. De tal suerte, no corresponde someterse, en esta causa, al criterio sentado por la Corte Federal en aquel aislado precedente. Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sólo obligan —por regla general, y salvo supuestos especiales de derecho federal, *Fallos*, 307:1294—, a los tribunales de instancias inferiores en los casos en los que han sido dictados. Las doctrinas emergentes de esos pronunciamientos no son de acatamiento general, pues —entre otras razones— no constituyen una fuente formal de derecho prevista en el art. 31 de la C.N. Aunque la interpretación que el Alto Tribunal efectúa de una ley es una guía para los jueces de las instancias anteriores es posible apartarse de esa interpretación dando nuevos argumentos que justifiquen no seguir la posición sentada por la Corte Suprema, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

La prevención consignada en el párrafo anterior toma en cuenta el precedente de esa cátedra de doctrina constitucional, *in re*: “D. Bernardo Pastorino, capitán de la barca ‘Nuovo Principio’ contra Ronillon Marini y C^a, sobre pago de sobreestadias” (*Fallos*, 25:364), sentencia del 23/6/1883. Allí, por remisión al consid. 9º de la sentencia del juez federal de Sección Dr. Virgilio M. Tedín, recaída en la causa, se dijo: “Que por otra parte las resoluciones de la Corte Suprema solo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel Alto Tribunal, él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conforme a los preceptos claros del derecho, porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos”.

5. Lo expresado en los puntos precedentes resulta suficiente para rechazar la queja, pues la decisión que pretende traer a revisión del Tribunal no es una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal tipo de resoluciones. Consecuentemente, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la alzada.

6. Sin perjuicio de lo expuesto, estimo que la importancia de la cuestión que es dable advertir en la reiterada jurisprudencia de la justicia nacional en lo civil que cita la recurrente referida a la jurisdicción y competencia de ese fuero en asuntos como el de autos, justifica que formule ciertas precisiones adicionales.

a) Los agravios constitucionales formulados por Metrovías S.A. exigen exponer sucintamente las diversas reglas involucradas en la solución del caso.

El art. 129, párrs. 1º y 2º, C.N., dispone: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”.

El Congreso de la Nación dictó la ley 24.588 que en su art. 8º, párr. 2º, establece: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales”.

Por su parte, el art. 106, CCBA, dispone que “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...”.

La ley 7, en su art. 39, establece la composición y competencia de los juzgados de primera instancia en lo civil en los siguientes términos: “La justicia de primera instancia en lo civil está integrada por ciento diez (110) juzgados, que entienden en los asuntos regidos por las leyes civiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces y juezas de otro fuero. //Conocen, además, en las siguientes causas: //En las que se reclame indemnización por daños y perjuicios provocados por hechos ilícitos, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 29 del C.P.; y //En las relativas a las relaciones contractuales entre los profesionales y sus clientes a la responsabilidad civil de aquéllos/as. A los efectos de esta ley, sólo se consideran profesionales las actividades reglamentadas por el Gobierno de la Ciudad”.

El art. 48 hace lo suyo respecto de los juzgados en lo contencioso administrativo y tributario: “La justicia en lo contencioso administrativo y tributario está integrada por quince (15) juzgados que entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado”.

Corresponde destacar, asimismo, la disposición complementaria y transitoria primera (sustituida por el art. 4º de la ley 189), párr. 1º: “Los arts. 27 al 35 y 38 al 47, quedan suspendidos en su vigencia. El funcionamiento de estos tribunales queda sujeto al acuerdo que el Gobierno de la Ciudad celebre con el Gobierno Federal con el objeto de transferir los juzgados nacionales de los

fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias, en los términos de la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, se debe prever las partidas presupuestarias pertinentes para atender las causas, que, en trámite ante el Poder Judicial de la Nación, se remitan al fuero contencioso administrativo y tributario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires”.

Finalmente, el art. 2º de la ley 189 recepta la especificación del concepto de *causa contencioso-administrativa*, ya perfilada en el citado art. 48 de la ley 7: “*Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado*. La competencia contencioso-administrativa y tributaria es de orden público” (*sic*, el destacado ha sido añadido).

Respecto a lo que aquí interesa, la ley 24.588 reconoció a la Ciudad de Buenos Aires facultades propias de jurisdicción en materia contencioso-administrativa, entre otras.

La Legislatura de la Ciudad especificó el concepto de causa contencioso-administrativa, en el art. 2º, CCAyT (ley 189). Para ello escogió una de las formas posibles para delimitarla, que, como lo señala el dictamen al que remite el fallo recurrido, no resulta novedosa en el ámbito de la Ciudad, pues ya la ley 19.987 asignaba a la justicia civil o a la especial en lo civil y comercial, el conocimiento en *todas* las causas originadas por la actividad de la ex Municipalidad, sean de *derecho público o privado*.

Como puede verse de la reseña efectuada, tanto en el estado actual del proceso de integración del Poder Judicial local como cuando culmine la constitución de todos los fueros cuya competencia corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la causa debe (y deberá) radicarse ante los juzgados en lo contencioso administrativo y tributario de esta jurisdicción.

b) Más allá de que la caracterización antedicha pudiera haber motivado alguna observación sobre el acierto de tal diseño, no cabe duda que la decisión a la que adscribe el Código, es satisfactoria, razonable y perfectamente compatible con el desarrollo normativo que se inició con la reforma constitucional de 1994.

También es claro que la actividad legislativa de la Ciudad al delimitar la competencia contencioso-administrativa, de ninguna manera vulnera los intereses del Estado nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras ésta sea capital de la República, que el art. 129, C.N., ordena preservar. La única competencia especial que el gobierno federal puede ejercer en la Ciudad de Buenos Aires está condicionada, según la regla constitucional citada, a que exista algún interés del Estado nacional que sea necesario garantizar.

c) En el caso, la actora demanda a Metrovías S.A. por los perjuicios ocasionados en ocasión del uso de una rampa de descenso a la vereda desde

una escalera mecánica que permite acceder desde los andenes a la acera pública. Y al Gobierno local por haber permitido esa obra. Es claro que la solución de la controversia exigirá considerar disposiciones legales, reglamentarias y aun contractuales referidas a los bienes afectados al servicio público de trenes subterráneos (preceptos locales) y a la responsabilidad (también demarcada por reglas locales) por la correcta instalación de los accesos a las bocas de las estaciones de subterráneos. También deberá ponderarse si el espacio físico en el que ocurrió el hecho estaba bajo el deber de cuidado del Estado local o de la empresa concesionaria (cuestión planteada por Metrovías en la excepción de falta de legitimación pasiva), entre otras cuestiones que deberán ser decididas mediante el examen de reglas de derecho local.

Adviértase que Metrovías S.A. es demandada aquí por las consecuencias de su obrar (instalación de una escalera mecánica que finaliza a cincuenta centímetros por encima del nivel de la vereda y de una rampa de descenso) como concesionaria de un servicio público eminentemente local (los trenes subterráneos) y por el estado de seguridad de los bienes afectados a la concesión, lo que habilita su demandabilidad ante los tribunales locales bajo las reglas del art. 1º, CCAyT.

d) Finalmente, cabe tener presente lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa B. 2303, Libro XL, “Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, sentencia del 21/3/2006, al no habilitar su competencia originaria por no constituir una *causa civil* y reconocer la de los tribunales locales en “...los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss., C.N. (*Fallos*, 180:87; 187:436; 311:1597, entre otros)” —conf. consid. 8)—, si “la pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (*Fallos*, 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora procuradora fiscal al que adhiere este Tribunal)” —conf. consid. 9.

En este sentido, el Alto Tribunal federal agregó: “10) Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por los

arts. 121 y concs., C.N.; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado (conf. MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. IV, n^{os}. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; FIORINI, Bartolomé A.: *Manual de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, Primera Parte, capítulo IV, pp. 82, 83, Segunda Parte, capítulo I, pp. 1103, 1112, 1113, 1131; FORSTHOFF, Ernst: *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 4727). //11) Que lo expuesto conduce necesariamente —a fin de resolver el caso— al estudio del régimen jurídico administrativo local (...), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (*Fallos*, 312:606; 319:1407; 322:617). //12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el *sub lite* se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (FIORINI: ob. cit., primera parte, pp. 90 y ss.). //Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuadra el presente caso (FIORINI: ob. cit., Primera parte, pp. 92 y ss.; *Fallos*, 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)."

7. En suma, en tanto el caso trata sobre la responsabilidad de un concesionario de un servicio público y del Estado frente a un tercero que invoca daños ocasionados por la deficiente conformación de las estructuras mecánicas y obras civiles afectadas al servicio, la causa corresponde a la competencia de la justicia local (arts. 1º y 2º, CCAyT, reglas que no han sido tachadas de inconstitucionales por la codemanda Metrovías S.A.), en atención a la ausencia de intereses del Gobierno federal que justifique la intervención de tribunales de otra jurisdicción.

8. Por lo demás, no se advierten motivos institucionales para que el Tribunal cimero extienda su competencia para conocer, por vía de recurso extraordinario federal y equiparando a sentencia definitiva, una decisión que radica la causa en la justicia local, cuando, preservado su rol de intérprete final de la Constitución y garante de los derechos consagrados en ella, su actual composición ha limitado el acceso al estrado de causas que lo alejaban de su cometido nuclear (doctrina sentada *in re* "Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/re-ajustes varios", sentencia del 29/3/2005, I. 349, Libro XXXIX).

9. Tal como fuera señalado por el Dr. Augusto M. Morello y otro en un comentario laudatorio del fallo antes citado, “(a)parece cada día más clara la necesidad de que la Corte Suprema limite su labor a velar por la supremacía constitucional, negándose a conocer en cualquier acción o recurso que no involucre cuestiones federales de entidad suficiente. Esto que parece simple no lo es, como lo demuestra el elevado número de fallos que dicta por año en ejercicio de la casación, para lo cual no está llamada. La Corte debe volver a ser el “tribunal de garantías constitucionales” —como la llamara el recordado Bidart Campos—, desligándose de todas las materias que versen exclusivamente sobre cuestiones de derecho común, como expresamente lo dicen los arts. 75, inc. 12, y 116” (véase “La Corte Suprema reasume su rol institucional”, en *JA*, 2006-I, fascículo 5, del 1/02/2006).

En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, propongo rechazar el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado incoado por la codemandada Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito efectuado a fs. 101.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al fundado voto del Dr. José O. Casás

Los jueces LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Coincido con el voto del señor juez de trámite, más aun cuando, a mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48 (véase “GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo”, expte. n° 4412, resolución del 21/3/2001; “GCBA s/queja por recurso de apelación ordinario denegado, en: ‘GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (Encotesa) s/ejecución fiscal’”, expte. n° 1892/02, resolución del 12/2/2003; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora’”, expte. n° 2270/03, resolución del 11/6/2003; “GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2314/03, sentencia del 5/11/2003; “Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 2330/03, 11/12/2003; “OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘He-

rrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos’’, expte. n° 3195/04, resolución del 30/3/2005).

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado planteado por Metrovías S.A. a fs. 85/96 y dar por perdido el depósito efectuado a fs. 101.

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

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

CXVIII

“R., N. B. Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘R., N. B.
Y OTRO C/GCBA S/RESPONSABILIDAD MÉDICA”

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Caso constitucional. Responsabilidad del Estado. Prescripción de la acción. Derecho local. Arbitrariedad de sentencia. Principio de congruencia

Expte. n° 4246/05 - 5/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Sra. N. B. R. y el Sr. S. O. G., por sí y en representación de su hijo M. E. G., menor de edad, interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 208/249 vta.) contra la sentencia de fecha 22/3/2006 por la que el Tribunal decidió rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que ellos oportunamente interpusieron (fs. 184/204).

Corrido el traslado, la Procuración General de la Ciudad solicitó su rechazo (fs. 254/255).

El señor asesor general tutelar dictaminó que el recurso “no puede tener favorable acogida” (fs. 257/260 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El escrito interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente. No obstante, como lo señalan la parte demandada y señor asesor general tutelar, la cuestión debatida no es de carácter federal y ello impide la concesión del recurso.

2. La parte actora plantea el recurso extraordinario federal contra la decisión de este Tribunal que rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que ella interpusiera, agravándose por los siguientes motivos:

- a) porque “en este caso han entrado en colisión normas de derecho común, cómo es el Código Civil, con normas de naturaleza federal, como son las relativas a la prescripción dentro del ámbito del derecho administrativo, y frente al conflicto se decidió contra las primeras” (fs. 209 vta.);
- b) porque “...al crearse de un modo pretoriano un plazo prescriptivo especial de cinco años para pretensas relaciones *iusadministrativas*, de modo contrario al plazo establecido por el Código Civil, se afecta directamente no sólo la garantía constitucional de defensa en juicio, sino también el derecho de propiedad y el de igualdad ante la ley tutelados por los arts. 16 y 17, C.N. de naturaleza operativa” (fs. 210).
- c) porque la sentencia del Tribunal es arbitraria en tanto:
 - c.i) carece fundamentación por el carácter dogmático de las razones que expone (fs. 237 y ss.);
 - c.ii) omitió considerar el planteo de afectación al principio de congruencia en que habría incurrido la alzada (fs. 245 vta. y ss.) al decidir que el plazo de prescripción es quinquenal, en contra de lo postulado por ambas partes (decenal, para la actora; bianual, para la demandada);
 - c.iii) no consideró el cuestionamiento al *obiter dictum* del punto 6.2 de la sentencia de Cámara —referido al alcance de la autonomía de la Ciudad— que, en concepto de la recurrente, desborda los planteos efectuados por las partes (fs. 247 vta.);
 - c.iv) se aparta de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re* “Vadell”) que “resulta obligatoria para los demás tribunales ubicados en la escala organizacional” (fs. 239 y vta.).

A lo largo del recurso sostiene que la sentencia afectó los derechos de igualdad, debido proceso, defensa en juicio, legalidad y propiedad y el interés superior del niño; y menciona los arts. 16, 17, 18, 19 y 75, inc. 22 de la C.N.

3. Conviene recordar que la cuestión que se debatió en la causa, y dio lugar a la resolución cuestionada, trató sobre la prescripción o no de la res-

ponsabilidad del Estado local por los daños psicofísicos sufridos por el hijo de la Sra. R. y el Sr. G. que se le provocaran en el hospital Santojanni en ocasión de su nacimiento, ocurrido el 18/2/1993, y a su posterior internación.

La cuestión que los actores sometieron a la decisión de este Tribunal se limitó a la revisión de la sentencia de segunda instancia que, por mayoría, consideró prescripta la acción (la actora pretendía la aplicación del plazo de diez años por responsabilidad contractual, y la demandada el de dos años por responsabilidad extracontractual), al aplicar analógicamente el plazo extintivo de cinco años establecido en otras leyes locales. Al hacerlo, consideró que la regulación de la responsabilidad reclamada en el caso —incluida su extinción—corresponde al derecho local, que no fue delegado a la Nación, y que el vacío legal existente debe llenarse con otras reglas jurídicas del derecho público de la Ciudad.

La reseña efectuada pone de manifiesto que en la causa no debía resolverse ninguna cuestión de índole constitucional (local o federal).

4. En relación con el motivo reseñado en el punto 2.a) sostuve en la sentencia que los recurrentes no expresan “por qué debe considerarse *federal* la prescripción de las obligaciones de los Estados *locales*. Cualquiera que sea el juicio que merezca la afirmación transcrita por la actora, es claro que la mención al carácter federal de la prescripción en derecho público efectuada en el fallo invocado [la recurrente citaba un fallo de la CSJN], trataba sobre obligaciones del Estado nacional; circunstancia marcadamente diferente a las que presenta esta causa. Falta, entonces, la relación directa entre la cuestión federal planteada y el objeto del debate en estos autos”.

Tampoco ahora, al fundar el recurso extraordinario, los actores se hacen cargo de argumentar al respecto. Es más, ni siquiera enuncian cuál sería la norma de derecho federal que el tribunal equivocadamente desatendió al decidir sobre la aplicación de las disposiciones del Código Civil.

5. El agravio indicado en 2.b), que ya fuera planteado en la queja y en el recurso de inconstitucionalidad, es claramente contradictorio con el anteriormente considerado. En efecto, por un lado, se postula que se aplicó la ley civil postergando normas federales y, por otro, que no se aplicó el Código Civil al crearse pretorionalmente un plazo de prescripción.

El carácter contradictorio de este argumento con el consignado en el punto anterior también fue señalado al resolver el recurso de inconstitucionalidad y no han sido refutadas las razones dadas en la decisión objetada para desestimarlos. El recurso se limita a reiterar las cuestiones sin efectuar una consideración crítica de los argumentos en los que el Tribunal fundó su rechazo.

Además, los recurrentes no logran señalar de qué manera la decisión de la alzada de recurrir a otras normas de derecho público local para integrar el ordenamiento administrativo ante un vacío legal, se vincula en forma directa

con los derechos constitucionales mencionados (igualdad, defensa en juicio y propiedad).

6. En cuanto a la tacha de arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto el desacuerdo de la apelante con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que “La tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta” (*Fallos*, 308:1757). Es que la admisibilidad del recurso por “arbitrariedad”, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos*, 184:137, es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, 389, 608; 323:2196; entre otros).

Además, el planteo de arbitrariedad por afectación del principio de congruencia —al fijarse un plazo de prescripción superior al postulado por la parte demandada pero inferior al requerido por la parte actora— no demuestra más que la discrepancia del actor con lo decidido fundadamente por los jueces de grado al seleccionar y aplicar reglas de derecho infraconstitucionales.

Finalmente, ni las expresiones de la Cámara que los recurrentes califican como *obiter dictum* ni el mentado apartamiento del pronunciamiento “Vadell” de la CSJN registrado en *Fallos*, 306:2030 (no en *Fallos*, 300:2036 como cita la recurrente), permiten descalificar la sentencia.

En cuanto a lo primero, porque cualquiera que sean los reparos que la parte exprese respecto de las expresiones adicionales efectuadas por los jueces en la sentencia, no conmueven los fundamentos de la decisión.

En cuanto a lo segundo, porque la recurrente, si bien ha citado el caso “Vadell” tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja y, por fin, en el recurso extraordinario federal que ahora se trata, lo ha hecho en los siguientes términos: “En el caso ‘Vadell’ (*Fallos* 300:2036), la Corte Suprema de Justicia indicó claramente que si de la relación obligacional existente entre el hospital público y el paciente se deriva un daño o perjuicio para éste, la responsabilidad corresponde al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera caber al profesional frente a la Administración” (conf. fs. 98, 148 y 239/239 vta.). Corresponde destacar que la referencia efectuada no parece vincularse en realidad con el precedente aludido. Como es sabido, en la causa “Jorge Fernando Vadell v. Provincia de Buenos Aires” la CSJN no tuvo en consideración la relación hospital público-paciente. Tampoco resolvió un caso de responsabilidad contractual, ni se refirió al plazo de prescripción aplicable en los términos que invoca la recurrente a lo largo de su escrito. Debe recordarse, a continuación, que los jueces no se encuentran obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos propuestos por las partes, en tanto no los consideren conducentes para resolver el caso sometido a su conocimiento (*Fallos*, 301:602; 302:1191; 310:1835, 2012; entre muchos otros). Y desde esta perspectiva, entonces, no se constata de qué manera una cita de juris-

prudencia desvinculada en buena medida con el caso de autos podría resultar imprescindible para decidir el pleito. Por lo demás, ya he sostenido que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no son obligatorios fuera de los casos en que ellos son pronunciados, más allá de la indudable autoridad interpretativa con la que ellos pueden orientar a todos los tribunales. La apuntada observación toma en cuenta el precedente de esa cátedra de doctrina constitucional, *in re*: “D. Bernardo Pastorino, capitán de la barca ‘Nuovo Principio’ contra Ronillon Marini y C^a, sobre pago de sobreestadías” (*Fallos*, 25:364), sentencia del 23/6/1883. Allí, por remisión al consid. 9º de la sentencia del juez federal de Sección Dr. Virgilio M. Tedín, recaída en la causa, se dijo: “Que por otra parte las resoluciones de la Corte Suprema solo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquél alto tribunal, él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conforme a los preceptos claros del derecho, porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos”.

7. Para resumir: la cuestión debatida en autos no involucra ninguna regla de derecho federal, ni acto de la autoridad nacional, ni pone en tela de juicio la interpretación o el alcance de alguna disposición de la Constitución Nacional. Es de exclusiva competencia local y, en consecuencia, no constituye una materia federal que permita acudir a la vía del art. 14 de la ley 48.

De tal forma, resulta aplicable la constante jurisprudencia de la CSJN que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata, como en el caso, de la interpretación de normas y actos locales (*Fallos*, 114:42; 273:347; 303:769; 308:1577; 316:842; entre muchos otros).

La costas de la incidencia se imponen a la parte vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota. Toda vez que la recurrente goza del beneficio de litigar sin gastos (véase fs. 126/127), se encuentra exenta de su pago hasta que mejore de fortuna (art. 84, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como lo expreso en el punto 1 de mi voto sobre el recurso de queja, lo central del caso resulta ser la interpretación de una institución de derecho

común —infraconstitucional—, la prescripción de acciones judiciales, interpretación que, por lo demás, corresponde a los jueces de los estados federados, en este caso, a los jueces locales de la Ciudad de Buenos Aires, ante los cuales tramitó el proceso. De esta aseveración se desprende, como lo explica en todos sus argumentos el señor juez de trámite, que no se debate en el recurso cuestión federal alguna, por lo que corresponde denegarlo.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en tiempo y forma. Se dirige, por el legitimado, contra una resolución con calidad de sentencia definitiva, dictada en un proceso judicial por un tribunal de justicia que es el superior tribunal de la causa en el orden local. Los recaudos de admisibilidad se encuentran cumplidos.

En atención al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*, 308:2457, entre otros, que imponen al tribunal superior de la causa un examen fundado sobre la procedibilidad del recurso interpuesto, anticipo que el impugnante logra plantear un caso federal, que tiene relación directa con la cuestión que se ventila y que la resolución que se recurre —lo que es fácilmente verificable— es contraria al derecho federal invocado por el impugnante.

No se me escapa que el recurso planteado es harto deficiente desde el campo argumentativo. Incluso su estilo y la saturación de citas que contiene desalientan una mirada complaciente. Sin embargo, existe un agravio federal, que por razones de justicia material debe ser tenido en cuenta y es aquel referido a la violación del derecho a la igualdad ante la ley que el recurrente expone a fs. 243 y 244. El agravio indicado (violación al derecho de igualdad) que, en otro contexto podría parecer endeble, en atención a las particularidades del caso y a los derechos en juego (conf. art. 3º, de la Convención sobre los Derechos del Niño) basta para admitir la apertura de la vía federal.

En consecuencia, voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El recurrente invoca la vulneración del principio de jerarquía consagrado en el art. 31, C.N. y lo prescripto por el art. 75, inc. 12, C.N. (fs. 210 vta. y 212 vta.) con remisión a la doctrina sentada *in re* “Filcrosa” por lo que corresponde conceder, en ese punto, el recurso extraordinario federal articulado. Ello así, por cuanto, la actora cuestionó la validez de la normativa local aplicada en autos para declarar prescripta la obligación originada en la prestación de un servicio público brindado por la Ciudad, a la luz de las cláusulas mencionadas, y la resolución impugnada decidió en favor de su legitimidad (art. 14, inc. 2º, de la ley 48).

En cambio, la invocación del derecho de defensa, igualdad y propiedad carece de relación directa con lo resuelto en autos, según quedó dicho en el

pronunciamiento de fs. 184/204, y no resulta rebatido por el recurso ahora intentado.

En tales condiciones, corresponde conceder el recurso extraordinario federal interpuesto con el alcance indicado. Costas por su orden en atención al resultado al que se arriba (art. 68, CPCCN).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Sra. N. B. R. y el Sr. S. O. G. a fs. 208/249 vta., con costas en los términos expresados en el último párrafo del voto del juez José O. Casás.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 204, punto 2.

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

CXIX

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD.
DENEGADO, EN: ‘TELECOM ARGENTINA S.A. C/GCBA
S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”,
Y SU ACUMULADO EXPTE. N° 4550/06, “GCBA S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘TELECOM ARGENTINA S.A. C/GCBA
S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Medida cautelar.

**Sentencia definitiva. Acreditación del gravamen irreparable
que permita equiparar a sentencia definitiva una resolución que no lo es**

Expte. n° 4272/05 - 5/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. “Telecom Argentina S.A.” entabló una demanda contenciosa administrativa contra el GCBA con el objeto de impugnar la intimación de pago —de fecha 26/11/2004— de las obligaciones que adeudara en concepto del

gravamen por el uso y ocupación del subsuelo de la vía pública correspondientes a los ejercicios fiscales 1998 a 2002 y las cuotas 01, 02, 03 y 04 del ejercicio fiscal 2003, solicitando “que la misma, así como cualquier otra intimación similar fundada en el mismo tributo, sea dejada sin efecto”. Subsidiariamente, promovió acción declarativa de inconstitucionalidad. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar tendiente a obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado hasta el dictado de la sentencia definitiva (fs. 1/23, del expte. n° 4272/05).

La jueza de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada (fs. 24/27, ídem).

2. Dicha decisión cautelar fue apelada por “Telecom Argentina S.A.” (fs. 28 y 30/36, ídem). La Sala II de la Cámara de Apelaciones, habiendo oído la opinión del señor fiscal general adjunto (fs. 37/39, ídem), admitió el recurso y revocó la decisión de primera instancia, concediendo la medida cautelar solicitada por la actora y ordenando al GCBA que se abstuviera de perseguir el cobro de los rubros impugnados hasta tanto se dictara en autos sentencia definitiva, fijando una caución real por la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000) —fs. 40/42, ídem.

3. La Procuración General planteó el recurso ordinario de apelación contra lo decidido por la alzada (fs. 44 y 44 vta., ídem), que no fue concedido “toda vez que la resolución recurrida [...] no pone fin al litigio ni impide su continuación” (fs. 45, ídem).

El Gobierno interpuso, entonces, el recurso de queja agregado a fs. 48/60 vta. del expte. n° 4272/05. En ella afirma que la resolución apelada le impide el cobro de su acreencia, circunstancia que afecta irreparablemente tanto la renta pública como el interés público y torna equiparable la decisión cuestionada a una sentencia definitiva. Sostiene, también, que la jurisprudencia del TSJ que ha acuñado el requisito de sentencia definitiva para el recurso ordinario de apelación debería admitir la equiparación a definitivos de aquellos pronunciamientos causantes de un gravamen irreparable, e invoca la inexistencia de previsión expresa que establezca ese recaudo en las leyes 7, 189 y 402.

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo de la queja, en tanto el recurso ordinario de apelación interpuesto no se dirigía contra una sentencia definitiva (fs. 66/67, ídem).

4. Además del recurso de apelación ordinario, la Procuración General planteó un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara reseñada en el punto 2 (fs. 45/65, expte. n° 4550/06), cuya denegación por la Sala interviniente, motivó la presentación del recurso de hecho agregado a fs. 81/101, también del expte. n° 4550/06.

Al dictaminar, el señor fiscal general adjunto propuso al Tribunal el rechazo también de esta queja (fs. 106/108, ídem).

5. Llegados ambos recursos de hecho a esta instancia, el señor juez de trámite dispuso que se dicte una sentencia única, ya que ambos se vinculan con recursos planteados contra la misma decisión de la Cámara que acogió la pretensión cautelar de “Telecom Argentina S.A” (fs. 69, expte. n° 4272/05).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. CASÁS dijo:

1. Aunque interpuestas en tiempo y forma oportunos (conf. art. 33, ley 402), las quejas no pueden tener acogida favorable.

2. La Procuración General imputa al *a quo* haber llevado al extremo el requisito de sentencia definitiva vulnerando con ello los principios de legalidad y defensa en juicio.

3. Los recursos ordinario de apelación y de inconstitucionalidad denegados por la Cámara y las quejas que los sostienen ante este estrado se dirigen contra una decisión de carácter cautelar dictada en el curso del proceso. El pronunciamiento de la alzada no constituye sentencia definitiva ni es equiparable a tal.

a) El Tribunal ha señalado anteriormente, en relación con recursos de *inconstitucionalidad* y quejas por denegatoria de tales recursos, que: “Es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen 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. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002 (en: *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. IV, pp. 261 y ss.), 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, Cód. Contrav. —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001; “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). Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión como la objetada en autos, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva; pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

b) En esta causa, la genérica invocación de la postergación en el tiempo de la percepción de créditos fiscales —más aun cuando las obligaciones

tributarias se encuentran controvertidas sobre la base de planteos que, al menos ante la Cámara, resultaron aptos para acreditar la apariencia de buen derecho en cabeza de la actora—, no basta para admitir la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (conf. 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. n° 4102/05, sentencia del 14/12/2005).

c) En cuanto al recurso de *apelación ordinaria*, si bien en ciertos casos he admitido la posibilidad de equiparación de autos no definitivos a la sentencia definitiva que permite la interposición de tal recurso, es condición necesaria e ineludible para que ello ocurra que la parte invoque y acredite un gravamen irreparable (conf. “Ingeniería Gastronómica S.A. c/DGR (resol. 5277-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 3226/04, sentencia del 17/3/2005; “García Cabero, María Cristina y otro s/queja por recurso de apelación ord. denegado, en: ‘García Cabero, María Cristina y otro c/GCBA y otro s/amparo s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 3369/04, sentencia del 6/4/2005; entre otros).

4. La circunstancia apuntada determina la improcedencia formal de la apelación, por ausencia de un presupuesto esencial para la admisibilidad del recurso, ya que la misma ha sido interpuesta contra una decisión que no constituye una sentencia definitiva y no se ha demostrado que corresponda equipararla a tal, toda vez que no se acredita que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— genere en cabeza del apelante un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, no obstante la alegación que sin mayor demostración —tan siquiera argumentativa— se efectúa en tal sentido en el recurso (véase mi voto en las causas caratuladas “Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos”, expte. n° 860/01, sentencia del 9/4/2001, en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 83 y ss., y “Unión de Trabajadores de la Educación (UTE) c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2593/03, sentencia del 21/4/2004, entre otros).

5. En suma, la Procuración General no ha logrado demostrar que la decisión de la Cámara altere el estado de cosas referido a la percepción del tributo reclamado por ella a “Telecom Argentina S.A.” de manera tal que genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. De tal manera, ni a los fines del recurso de inconstitucionalidad ni a los del recurso de apelación ordinaria el pronunciamiento cuestionado puede ser equiparado a una sentencia definitiva.

Por consiguiente, corresponde rechazar ambas quejas.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Las quejas interpuestas por el Gobierno de la Ciudad cumplen con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo —como señala el juez de trámite— ninguna de las dos puede prosperar. La quejosa no logra revertir los motivos que expuso la Cámara cuando denegó tanto su recurso de apelación ordinario, cuanto el de inconstitucionalidad, ambos articulados contra la decisión que concedió la cautelar rechazada en primera instancia.

2. Con relación a la queja por recurso ordinario de apelación denegado, considero que la similitud de este caso con el resuelto por el Tribunal en autos “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. n° 4102/05, resolución de 14/12/2005, me permiten reiterar los fundamentos que expusiera al votar entonces:

“(…) Como sostuve desde que me pronunciara junto a mis colegas, la jueza Ana María Conde y los jueces Guillermo A. Muñoz y Julio B. J. Maier, en la causa ‘Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’, expte. n° 860/01, resolución de 9/4/2001 (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, 2001, pp. 83 y ss.), el recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas. Y, a esos efectos, para poder ser calificada como tal, la decisión cuestionada debe poner fin al litigio o impedir su continuación, sin que la invocación de un gravamen irreparable permita subsanar la ausencia de tal recaudo.

(…) El Gobierno pretende que la decisión impugnada sea equiparada a definitiva. A ese fin, invoca jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, eventualmente aplicable en el marco de otra vía procesal (la extraordinaria federal), ajena a la intentada a través del recurso de apelación ordinario local. Por otra parte, aun cuando se admitiera la transferencia de dicha jurisprudencia propuesta por el recurrente del ámbito extraordinario federal al ordinario local, el GCBA no logra demostrar de qué modo una medida cautelar que fue dispuesta bajo caución real, puede ocasionarle un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior”.

3. En igual sentido, los supuestos agravios constitucionales que le provoca al Estado local la medida cautelar cuestionada —presentados ahora en la queja que inició el expte. n° 4550— no pueden ser analizados por el Tribunal en esta etapa del proceso. La demandada —como se destaca en el dictamen del fiscal general adjunto y en el voto del juez de trámite— no pudo demostrar que la decisión atacada le provoque un gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior, no obstante sus intentos de fundar en qué medida afecta a la renta pública el cobro de las sumas discutidas (conf. fs. 92 vta.).

En consecuencia, tampoco a los fines del recurso de inconstitucionalidad se cumple con el requisito de “sentencia definitiva” que establece el art. 27 de la ley 402.

4. Por las razones expuestas, voto por no hacer lugar a las quejas presentadas.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La recurrente atribuye al *a quo* haber extremado su interpretación del requisito de sentencia definitiva en el pronunciamiento impugnado y, de este modo, haber vulnerado los principios de legalidad y defensa en juicio. Contrariamente al criterio expuesto, es repetida mi opinión acerca de aquello que abarca la expresión “sentencia definitiva”, condición básica de los dos recursos sobre los que debe resolver el Tribunal, y cuyo alcance resulta en mis votos regularmente más estricto o limitado que el reconocido por mis colegas. Por consiguiente, como ambos recursos versan sobre una medida cautelar, la decisión objeto de aquellos no constituye sentencia definitiva (conf. mis votos en “Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 2570/03 y “Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario, denegado, en: ‘Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar’”, expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; “Unión de Trabajadores de la Educación [UTE] c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 2593/03, resolución del 21/4/2004; “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. n° 3259/04, resolución del 9/2/2005; más recientemente, en “Mazzucco, Paula Virginia y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Mazzucco, Paula Virginia y otro c/GCBA s/otros procesos incidentales’ en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otro c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 4343/05, resolución del 27/6/2006).

2. En tal sentido, no advierto asimetría alguna en los planteos formulados por la recurrente en el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 45/65 del expte. n° 4550/06 y en el recurso ordinario de apelación de fs. 44/44 vta., expte. n° 4272/05. No obstante las afirmaciones del Gobierno en punto a los presuntos agravios constitucionales que le provoca la medida cautelar cuestionada (véase fs. 91/93: “La mera postergación en el cobro del crédito *constituye* alteración en la percepción de la renta pública y ello es afectación a una garantía constitucional”), no se configura en el caso un gravamen irreparable para el Estado local. De este modo, y según lo expresado en el punto anterior, la decisión impugnada por el recurso de apelación ordinaria no constituye una sentencia definitiva (por razones que he ofrecido múltiplemente, yo no comparto el criterio conducente a reconocer una tercera categoría en función de la idea de “equiparabilidad”, sobrepuesta al binomio ‘sentencia definitiva’ / ‘sentencia no definitiva’; conf. mi voto *in re* “Propietario Figueroa Alcorta

3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘GCBA c/Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3965/05, resolución del 9/11/2005).

3. Por las mismas razones, no considero que el examen referido a la procedencia o improcedencia del recurso de apelación ordinaria requiera una fundamentación que exceda la verificación de la concurrencia de los recaudos establecidos en el art. 26 de la ley 7 —texto conforme al art. 2° de la ley 189— y en el art. 38 de L.P.T., ley 402 (en instancia ordinaria de apelación, el TSJ conoce en las causas en que la Ciudad es parte, cuando el valor disputado supera la suma de \$ 700.000 y, conforme lo tiene dicho el Tribunal, cuando el recurso se dirige contra una sentencia definitiva —conf. “Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos”, expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *CyJ, Fallos TSJBA*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 83 y ss.).

4. Con estas aclaraciones, arribo a la misma conclusión que la propuesta por el señor juez de trámite.

Por ello, de acuerdo con el dictamen del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* las quejas por recurso ordinario de apelación denegado y por recurso de inconstitucionalidad denegado planteadas por el GCBA.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las quejas al juzgado interviniente para que sean agregadas al expediente principal.

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

CXX

“FARINI DE PARISI, MARÍA ESTELA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘FARINI DE PARISI, MARÍA ESTELA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS’”

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Recurso de inconstitucionalidad. Cuestiones de hecho y de prueba

Expte. n° 4548/06 - 5/7/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. De los antecedentes mencionados en las sentencias de primera y segunda instancia surge que María Estela Farini de Parisi promovió acción de daños y perjuicios contra el GCBA para que se le indemnicen los perjuicios morales y materiales —estimados en la suma de \$ 143.200— que le ocasionaron la falsa imputación en su contra de hechos que importaban delitos de acción pública, las consecuencias del sumario administrativo iniciado contra ella, la desafectación de su función como jefa de División de Compras y Contrataciones del hospital Fernández, la disminución de sus remuneraciones y la negativa de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a reintegrarla en su cargo y jerarquía.

2. El juez de primera instancia rechazó la demanda entablada, le impuso la totalidad de las costas a la actora, y reguló los honorarios de la dirección letrada y representación procesal de la demandada (fs. 30/33).

3. Apelada esta decisión por la actora (fs. 1/6), la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia en los siguientes términos (fs. 8/14):

- a) hizo lugar, en parte, a la apelación de la actora en lo que respecta a los rubros por los proporcionales de vacaciones y sueldo anual complementario correspondientes al año 1994;
- b) difirió la regulación de honorarios hasta que exista liquidación definitiva firme, al igual que los de primera instancia; y
- c) impuso las costas de ambas instancias en un 80 % para la parte actora y un 20 % para la parte demandada.

4. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad agraviándose por la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento objetado (fs. 15/25).

Para vedar el acceso a la vía intentada, la Cámara sostuvo que no se hallaba configurado un verdadero caso constitucional tal como lo exige el art. 27, L.P.T. (fs. 27/28).

5. María Estela Farini de Parisi interpuso recurso de queja ante este Tribunal (fs. 34/48).

6. El fiscal general adjunto entendió, en su dictamen, que la queja debe ser desestimada (fs. 53/55).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que la actora no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional (conf. el Tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74 Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. Los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja expresan una mera discrepancia con la interpretación razonable y fundada efectuada por la Cámara sobre la situación fáctica del caso, las pruebas obrantes en autos y la aplicación de normas infraconstitucionales —específicamente, las normas que regulan la responsabilidad civil.

En sus recursos, la actora no logra conectar el agravio concreto 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). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional.

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica, la violación de los derechos de propiedad y defensa en juicio en la que habría incurrido la Cámara al dictar un fallo arbitrario en cuanto a la valoración de los hechos y pruebas, y la aplicación del derecho, pero sin exponer —en un argumento formalmente adecuado— un caso constitucional.

Cabe recordar que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

4. La insuficiencia señalada no puede ser sorteada por medio de la invocación de arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que en el caso se trata de una apreciación puramente genérica de la recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado sin fundamentación suficiente.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., en: “Federación Argentina de Box c/GCBA 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).

5. Por todo ello, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la actora.

La jueza Alicia E. Ruiz dijo:

1. La queja ha sido deducida en tiempo y forma, y el apartado VII del recurso directo habilita el ingreso al recurso de inconstitucionalidad. En efecto, en el punto mencionado el impugnante desarrolla argumentos que alcanzan a poner en crisis el auto interlocutorio que considerara inadmisibile la vía impugnativa extraordinaria local.

2. Sin embargo, el recurso de inconstitucionalidad no se sostiene. El agravio referido a la arbitrariedad de la sentencia de la alzada remite a diferentes cuestiones de hecho y prueba (prueba de remuneraciones no percibidas; resarcimiento por daño moral; valoración de una causa penal; etc.), todas las cuales sólo podrían ser argüidas en esta instancia y por esta vía si el recurrente lograra conectarlas con la violación de alguna garantía constitucional o con una hermenéutica restrictiva de una cláusula de tal naturaleza, lo que no sucede en el caso.

En lo que hace a la arbitraria interpretación y aplicación del derecho y violación del debido proceso que el recurrente atribuye a la decisión de la Cámara, todos sus argumentos se limitan a exponer cual sería a su juicio la correcta interpretación del régimen que regula la responsabilidad civil, lo que de por sí y como es obvio, no es materia del recurso en análisis salvo que se hubiera denunciado con precisión una infracción sustantiva a algún principio o garantía inconstitucional. Tampoco aquí se cumple esta condición.

Asimismo, el impugnante se agravia de una supuesta confusión entre daño moral y daño psíquico que a la luz de los argumentos que expone no satisface los requisitos de un caso constitucional, ya que los esfuerzos alegatorios del recurrente no van más allá del tratamiento de aspectos propios del derecho común.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente.

El juez José O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora fue correctamente rechazado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

Tal como lo sostiene en su voto la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional en forma clara y razonada, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

2. En efecto, la parte invoca de manera genérica los derechos de propiedad y a trabajar pero no logra demostrar una relación directa entre las alegadas vulneraciones y el caso concreto. Ello así, toda vez que en su recurso de inconstitucionalidad la interesada no rebate de manera alguna los razonamientos efectuados por el tribunal *a quo* para desestimar la solicitud de reincorporación a su anterior cargo y los reclamos por daño moral, salarios y suplementos por función ejecutiva no percibidos. Al confirmar la decisión recaída en primera instancia en estos puntos, la Cámara expresó que, a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa, la actora había sido trasladada —mediante un acto que quedó firme en sede administrativa por no haber sido recurrido oportunamente— en virtud de que se le había iniciado un sumario administrativo por presuntas irregularidades, y que, por ello, había dejado de ejercer las funciones ejecutivas por las que pedía resarcimiento. En consecuencia, mal podía ser retribuida por funciones de tal índole no prestadas (conf. fs. 12).

La recurrente no se hace cargo del referido desarrollo argumental. Tampoco rebate otro argumento brindado por los jueces de la Cámara para concluir que, después de la renuncia presentada con fecha 30/6/1994, la actora había quedado efectivamente desvinculada de la demandada y, por lo tanto, no existía sustento fáctico ni legal para solicitar su reingreso —y tampoco correspondía abonarle los salarios por servicios no prestados a partir de su renuncia ni resarcimiento alguno por el alegado despido.

Por último, en lo que respecta a la alegada vulneración del derecho de defensa por las presuntas irregularidades en la sustanciación del sumario —referidas a la “inexistencia de procedimiento”—, la Cámara compulsó el sumario administrativo y verificó la existencia de medidas probatorias y diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho que finalmente llevaron a dejar sin efecto el procesamiento administrativo. En este punto se advierte que la parte discrepa con la interpretación efectuada de los hechos y pruebas pero no logra demostrar con fundamentos constitucionales que haya existido una efectiva violación a su derecho de defensa durante la tramitación del sumario.

La recurrente se limita, entonces, a reiterar planteos relativos a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional resueltos por Cámara que sólo se traducen en una discrepancia con lo sentenciado sin plantear un caso constitucional que habilite la instancia ante este estrado.

3. En lo que respecta a la alegada arbitrariedad de la sentencia, coincido con lo expuesto por la señora jueza de trámite. Más allá de su acierto o error, debe señalarse que la Cámara hizo expresa consideración de los hechos comprobados de la causa y de las normas en juego. Por ello, los dichos del recurrente traducen exclusivamente su desacuerdo con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento realizado por los jueces de mérito.

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto (fs. 53/55 vta.), corresponde rechazar la presente queja.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite y comparto los fundamentos expuestos por el Dr. José O. Casás en el punto 2 de su voto, pues no solamente corresponde afirmar que la quejosa se limita a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida y a mencionar derechos constitucionales presuntamente afectados por la decisión impugnada, sin conectar de manera alguna esos reproches con el caso concreto sino, antes bien, que ella omite tener en cuenta que renunció voluntariamente al cargo que ocupaba en el hospital Fernández —institución donde ocurrieron los hechos que la llevaron a promover demanda por daños y perjuicios contra el GCBA—, bajo la única explicación, eufemística, de que *se consideró despedida por culpa de la acciónada* (fs. 17 vta., expediente de la queja), argumento este último que no por empírico tiene menos peso que el jurídico.

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 interpuesto por María Estela Farini de Parisi a fs. 34/48.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente, se remitan las actuaciones a la alzada para que sean agregadas al expediente principal.

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

CXXI

“LOTERÍA NACIONAL SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA
POR RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO, DENEGADO,
EN: ‘DR. RICARDO MONNER SANZ C/INSTITUTO DE JUEGOS
DE APUESTAS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES’”

RECURSO DE APELACIÓN: Interposición. Recurso de queja. Admisibilidad. Interposición del recurso de inconstitucionalidad en tiempo y forma. Oficina común de los empleados de las mesas de entradas de las Salas de la Cámara. Recepción del escrito por funcionarios de la otra Sala

Expte. n° 4313/05 - 5/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Lotería Nacional Sociedad del Estado (en adelante LN) fue notificada de la sentencia de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad del acuerdo celebrado por autoridades locales con LN —acuerdo aprobado por medio de la ley 1182— y la nulidad e inconstitucionalidad de esa ley.

LN, que no había participado en el proceso hasta ese momento, solicitó que se admitiera su intervención de acuerdo con lo establecido por el art. 8°4, CCAyT, que se declare la nulidad de todo lo actuado y la incompetencia de la justicia local para conocer en el caso y, finalmente, apeló la sentencia de fondo.

El juez de primera instancia rechazó la pretensión de LN de intervenir como tercero. La sentencia fue apelada por ella.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, hizo lugar al recurso y admitió su participación con carácter adhesivo y subordinado a las partes principales. Por ello, rechazó el planteo de incompetencia.

2. Contra esta sentencia, LN planteo dos recursos: *a)* el recurso ordinario de apelación, que fue presentado ante el juzgado de primera instancia, y *b)* el recurso de inconstitucionalidad, que fue recibido por la Sala I de la Cámara de Apelaciones.

El juez de primera instancia dispuso, en relación con el recurso de apelación, que LN “ocurra por donde corresponda” en atención a lo dispuesto por el art. 38, de la ley 402. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, la Sala I remitió a la Sala II el día 23/9/2005, el escrito presentado por LN el 6/9/2005. La Sala II consideró que la presentación del recurso era extemporánea en atención a la fecha en que ella recibió el escrito.

3. Contra ambas denegatorias LN presenta la queja que tramita en autos. El señor fiscal general adjunto propone que la queja sea desestimada porque la responsabilidad por el error en las dependencias judiciales en las que debía presentar ambos recursos es sólo responsabilidad de la quejosa.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. *Queja por apelación denegada*

1. El art. 38 de la ley 402 expresa “El recurso ordinario de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia *se interpone ante la Cámara de Apelaciones* respectiva dentro del plazo y en la forma dispuesta en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires...” (sin destacar en el original). La ley es clara y no permite dudar si debe ser interpuesto ante la Cámara o ante el juzgado en caso de que las actuaciones ya hubieran sido devueltas a la primera instancia. La norma no ofrece alternativas al litigante.

Por tal razón la justificación que expone la recurrente para desplazar la responsabilidad a los agentes de la mesa de entradas de la Sala —que no quisieron recibir el escrito porque el expediente había sido devuelto a primera instancia— no resulta atendible, pues, independientemente de si ese hecho ocurrió o no de esa manera, está a cargo de quien recurre satisfacer los recaudos de interposición del recurso de que se trate.

Los profesionales que representan a LN no ajustaron su actuación a las leyes adjetivas vigentes y el error en que pudiera haber incurrido el agente judicial que los atendió en la mesa de entradas no permite dispensarles de su propio error; máxime cuando no expresan haber consultado con los superiores jerárquicos del personal de mesa de entradas la corrección o incorrección de la respuesta que, según expresan, les fue brindada.

2. Además, las razones que se plantean en la queja para justificar la interposición oportuna de la apelación ordinaria y que ella fuera presentada ante la primera instancia, debieron articularse a partir de la notificación de la decisión de fs. 89 de los autos principales y no luego de dos meses desde el dictado de la decisión. Sobre esta cuestión corresponde señalar que por la naturaleza de la providencia del *a quo* y por tratarse de un proceso de amparo no era exigible la notificación por cédula (conf. art. 119, CCAyT), y que incumbe a las partes la carga de tomar conocimiento de las providencias (art. 117, ídem).

3. Por lo expuesto la queja por apelación denegada debe ser rechazada.

II. *Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado*

4. Distinta es, a mi juicio, la solución que corresponde adoptar en cuanto a la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

El hecho de que el escrito fuera presentado en la oficina común en que atienden al público los empleados de las mesas de entradas de las dos salas de la Cámara es razón suficiente para dispensar el error en que pudiera haber incurrido la recurrente. En efecto, LN se presentó en la oportunidad debida en el lugar correcto a presentar el escrito. La aceptación del escrito por funcionarios de la otra sala no enerva el hecho que LN cumplió con la exigencia del art. 38, L.P.T., que establece “El recurso se interpone por escrito, fundamentado, *ante el tribunal que ha dictado la resolución que lo motiva...*” (sin destacar en el original), pues, independientemente de la división en salas, el tribunal que dictó la resolución es la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, y ante su mesa de entradas se presentó el recurso.

5. La demora en la remisión del escrito de una sala a la otra (fs. 139 vta./140) no permite que se considere tardía la su interposición, como lo decidió la Sala II. En tanto ese fue el único fundamento para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la queja debe prosperar.

6. Corresponde, en consecuencia, revocar la sentencia interlocutoria de fs. 143/144.

Ahora bien, toda vez que el rechazo del recurso de inconstitucionalidad fue decidido sin el previo traslado que establece el art. 28, párr. 2º, de la ley 402, resulta pertinente que el Tribunal —como juez del recurso de inconstitucionalidad— ordene el traslado omitido. De tal manera se hará primar los principios de celeridad y economía procesal mediante la concentración en este estrado de los trámites pendientes para su sustanciación, de manera tal que su jurisdicción no se vea subordinada a aspectos de trámite subalternos, más aun cuando esta solución no colisiona con los términos del art. 33, L.P.T.

7. El depósito efectuado por LN en la boleta agregada a fs. 37, menciona sólo la queja por denegatoria del recurso ordinario de apelación. Ante el rechazo de esa queja, corresponde darlo por perdido para el recurrente. Aunque LN no integró el depósito correspondiente a la queja por denegatoria de recurso de inconstitucionalidad, no procede exigírselo ahora, ya que la queja resultó triunfante frente al auto denegatorio.

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

Adherimos al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja por apelación denegada interpuesta por Lotería Nacional Sociedad del Estado y dar por perdido el depósito efectuado a fs. 37.

2°. *Hacer lugar* al recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad planteado por Lotería Nacional Sociedad del Estado y, en consecuencia, tener por interpuesto en tiempo oportuno el recurso de inconstitucionalidad deducido por esa parte a fs. 137/139 vta. del expte n° 9933/10 caratulado “Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad de Buenos Aires y otros *s/otros* procesos incidentales”.

3°. *Correr traslado* del recurso de inconstitucionalidad a las partes interesadas por el plazo de diez (10) días.

4°. *Mandar* que se registre, se agregue la queja al expediente indicado en el punto 2, se notifique y se cumpla lo dispuesto en el punto 3.

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

CXXII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘PANZA, ÁNGEL R. C/GCBA S/AMPARO
(ART. 14, CCBA)’”, AGREGADO AL EXPTE. N° EXPTE. 1012/00
DEL REGISTRO DEL FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO”

**RECURSO DE ACLARATORIA: Vigencia de la medida cautelar
concedida con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo**

Expte. n° 4270/05 - 5/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 287/288 la Procuración General de la Ciudad plantea un recurso de aclaratoria contra la sentencia de fs. 263/285 para que el Tribunal se expida expresamente sobre si se mantiene la medida cautelar concedida por la alzada, con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo que diera lugar al recurso de inconstitucionalidad.

Por disposición de la señora jueza de trámite se requirió a la Sala I de la Cámara de Apelaciones la remisión de copia de la resolución que ella dictara sobre la medida cautelar planteada por el actor (fs. 292), la que se encuentra agregada a fs. 321/322.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La medida cautelar dispuesta el día 30/12/03 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario manda al Gobierno de la Ciudad “que proporcione a los actores en forma inmediata asistencia habitacional (...) con carácter cautelar y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo” (fs. 322).

2. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Procuración General contra la sentencia de fondo mediante la sentencia cuya aclaratoria ahora se peticiona, el Tribunal, por mayoría, resolvió “dejar sin efecto la sentencia recurrida...”, y devolver las actuaciones a la Sala II de la alzada “para que dicte un nuevo pronunciamiento” (fs. 285).

3. Sin perjuicio de no haber integrado la mayoría que adoptó la sentencia indicada en el punto 2, de lo expuesto en los puntos anteriores se colige que al haber revocado el Tribunal la sentencia que decidió el fondo de la cuestión debatida en este amparo, es obvio que la decisión cautelar dictada con anterioridad por alzada mantiene sus efectos, ya que aún no existe un pronunciamiento válido de segunda instancia sobre el objeto del amparo.

4. Corresponde, entonces, aclarar la sentencia recurrida, en el sentido que ella no afecta la vigencia de la medida cautelar ordenada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario con fecha 30/12/2003.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

A pesar de no haber dictado la decisión que culminó el recurso ante este Tribunal, las razones expuestas por la señora jueza de trámite resultan válidas para mí, que ya integro el TSJ después de mi licencia.

Por lo expuesto hasta aquí, me adhiero a su voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Corresponde aclarar que la sentencia de fs. 263/285 no altera la vigencia de la medida cautelar ordenada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario con fecha 30/12/2003 por los fundamentos que expone la jueza Alicia E. C. Ruiz en su voto, al que adhiero.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Aclarar* que la sentencia de fs. 263/285 no altera la vigencia de la medida cautelar ordenada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario con fecha 30/12/03.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de la causa según su estado.

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

CXXIII

“GCBA C/MARTÍNEZ BOCANEGRA, JORGE JESÚS
S/EJECUCIÓN DE MULTAS S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

**CONFLICTO DE COMPETENCIA: Multa impuesta
por la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Ejecución.
Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario**

Expte. nº 4743/06 - 12/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 8 de septiembre de 2003 el Gobierno de la Ciudad promovió ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario la ejecución de una multa impuesta por resolución firme de la Unidad Administrativa de Control de Faltas (fs. 1/3).

2. En el auto inicial, dictado el 10 de septiembre de 2003, el titular del Juzgado N° 2 del mencionado fuero tuvo por parte a la actora e intimó de pago a la ejecutada (fs. 4).

3. Tras sendos pedidos de la actora (fs. 10 y fs 12) de que se cursara una nueva notificación a la demandada en atención al resultado negativo de la dispuesta a fs. 4, el señor juez de primera instancia dio vista al fiscal “previo a proveer lo que en derecho corresponda” (fs. 13) y, de conformidad con la opinión vertida por el Ministerio Público en el dictamen de fs. 14/vta., se declaró incompetente el 6/7/2004.

Sostuvo que el fuero que debe entender en la ejecución de las multas que no fueron materia de apelación, es la justicia contravencional y de faltas “...en virtud del principio de especialidad y atendiendo a lo prescripto por los arts. 27 y 60 de la ley 1217”, y de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en el expte. n° 2823/04, “GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia” (fs. 15).

Con fecha 7/4/2006 se efectuó la remisión a la justicia contravencional y de faltas (fs. 23).

4. La jueza en lo Contravencional y de Faltas N° 4 recibió el expediente el 10/4/2006 (fs. 25) y rechazó la atribución de competencia el 19/4/2006 (fs. 27/29)

En lo sustancial consideró que el juez en lo contencioso administrativo y tributario “retuvo durante un año y nueve meses estas actuaciones, habiendo resuelto declinar su competencia, y cuando la completa constitución del fuero contravencional y de faltas operó hace dos años y medio”, y destacó que el cambio de competencia afectaría “el derecho de toda persona a una rápida y eficaz decisión judicial, ocasionándose un dispendio jurisdiccional”.

5. A fs. 30 el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 mantuvo la declaración de incompetencia resuelta a fs. 15 y dispuso la elevación del expediente a este Tribunal.

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 33/34 en el que propone atribuir la competencia al juzgado en lo contencioso administrativo y tributario.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. La contienda negativa de competencia planteada en autos es de naturaleza análoga a la de distintos casos que han sido sometidos a conocimiento de este Tribunal, en los que se justificó un apartamiento excepcional del criterio fijado *in re* “GCBA c/Fontenla, Américo s/Ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. 2823/04, resolución del 18/3/2004.

En esa causa se estableció que la competencia para la ejecución de multas impuestas por la ex Justicia Municipal de Faltas, como también las aplicadas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas que adquieren firmeza en sede administrativa, corresponde al fuero en lo contravencional y de faltas.

En otros pronunciamientos el Tribunal eligió una solución distinta resolviendo mantener la competencia asignada al juzgado en lo contencioso administrativo y tributario, habida cuenta del prolongado trámite en ese ámbito y, principalmente, del carácter oficioso de la declaración de incompetencia una vez admitido —expresa o tácitamente— el conocimiento de la causa (conf. “CGBA c/Mariano Andrés Gargiulo s/ejecución fiscal s/conflicto de

competencia”, expte. n° 3271/04, resolución del 20/10/2004; “GCBA c/Sirlin, Élica Elizabeth s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4288/04, resolución del 16/11/2005; “GCBA c/Carranza, Ricardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4321/05, resolución del 30/11/2005).

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

2. En el presente caso, el juez en lo contencioso administrativo decidió implícitamente conocer en la causa al dar curso al trámite —del pedido de ejecución fiscal de una multa, firme, aplicada por la Unidad Administrativa de Control de Faltas— y resolver intimar de pago al ejecutado (fs. 4).

Nueve meses después revisó su criterio sin que mediara excepción de incompetencia o inhibitoria —ni se tratara de un supuesto de competencia federal que, por su carácter de privativa (art. 12, ley 48), sí habilita la decisión de apartarse de oficio en cualquier estado del proceso— y, tras resolver que no le correspondía conocer en el expediente, casi dos años después, lo remitió a la justicia en lo contravencional y de faltas.

Con lo expuesto queda claro que el propio magistrado previniente creó la excepción al criterio general establecido en la causa “Fontenla” citada *supra*, desde que, en el momento procesal adecuado, esto es, al tiempo de recibir la demanda de ejecución fiscal de fs. 2/3, le dio trámite sin analizar la procedencia o improcedencia de su competencia.

Tales circunstancias fundan la conveniencia de mantener la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, en procura de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, evitando nuevas dilaciones innecesarias en lo procedimientos y las consecuencias negativas que de ellas se pueden derivar.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Que se adhiere al voto de la señora jueza de trámite, incluso porque concede competencia al juez que previno en un asunto en el cual la ley no ha establecido con claridad el criterio o punto de conexión que concede competencia a uno u otro tribunal y porque el ejecutante ha preferido a ese juez.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 para intervenir en el caso.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique al fiscal general adjunto, se ponga en conocimiento de la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas N° 4 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

CXXIV

“GCBA C/ÁLVAREZ, ADRIÁN ALBERTO S/EJECUCIÓN
DE MULTAS S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

**CONFLICTO DE COMPETENCIA: Multa impuesta
por la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Ejecución.
Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario**

Expte. n° 4742/06 - 12/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 19/2/2004 el Gobierno de la Ciudad promovió ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario la ejecución de una multa impuesta por resolución firme de la Unidad Administrativa de Control de Faltas (fs. 1/3).

2. En el auto inicial, dictado el 25/2/2004, el titular del Juzgado N° 2 del mencionado fuero tuvo por parte a la actora e intimó de pago a la ejecutada (fs. 4).

3. Tras el pedido de la actora (fs. 6) de que se librara oficio a la Secretaría Electoral para conocer el último domicilio registrado por el demandado —en atención al resultado negativo de la notificación dispuesta a fs. 4—, el señor juez de primera instancia dio vista al Fiscal “a efectos de que se expida sobre la competencia” (fs. 7) y, de conformidad con la opinión vertida por el Ministerio Público en el dictamen de fs. 8, se declaró incompetente el 15/3/2005.

Fundó su decisión en la ley 1217, en el hecho de que desde el 2/2/2004 “se ha constituido el fuero en lo contravencional y de faltas”, y en lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en el expte. n° 2823/04, “GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia” (fs. 9/10).

Con fecha 7/4/2006 se efectuó la remisión a la justicia contravencional y de faltas (fs. 13).

4. El juez en lo Contravencional y de Faltas N° 27 rechazó la atribución de competencia el 11/4/2006 (fs. 15/16).

En lo sustancial hizo hincapié en jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia que hacía excepción a la regla sentada en el caso “Fontenla”.

5. A fs. 24 el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 dispuso la elevación del expediente a este Tribunal.

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 27/28 en el que propone atribuir la competencia al juzgado en lo contencioso administrativo y tributario.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La contienda negativa de competencia planteada en autos es de naturaleza análoga a la de distintos casos que han sido sometidos a conocimiento de este Tribunal, en los que se justificó un apartamiento excepcional del criterio fijado *in re* “GCBA c/Fontenla, Américo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. 2823/04, resolución del 18/3/2004.

En esa causa se estableció que la competencia para la ejecución de multas impuestas por la ex justicia municipal de faltas, como también las aplicadas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas que adquieren firmeza en sede administrativa, corresponde al fuero en lo contravencional y de faltas.

En otros pronunciamientos el Tribunal eligió una solución distinta resolviendo mantener la competencia asignada al juzgado en lo contencioso administrativo y tributario, habida cuenta del prolongado trámite en ese ámbito y, principalmente, del carácter oficioso de la declaración de incompetencia una vez admitido —expresa o tácitamente— el conocimiento de la causa (conf. “CGBA c/Mariano Andrés Gargiulo s/ejecución fiscal s/conflicto de competencia”, expte. n° 3271/04, resolución del 20/10/2004; “GCBA c/Sirlin, Élida Elizabeth s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4288/04, resolución del 16/11/2005; “GCBA c/Carranza, Ricardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4321/05, resolución del 30/11/2005).

En el mismo sentido —y sin perjuicio de la diversa naturaleza de la cuestión— señaló el Tribunal en “GCBA c/predio Felipe Vallese 3164 s/otros

procesos especiales s/conflicto de competencia”, expte. n° 4248/05, resolución del 12/10/2005, “que la decisión de conocer en la causa oportunamente adoptada —y más allá de su acierto o error— ya no podía ser examinada de oficio. Sólo podía ser revisada por ella ante una excepción de incompetencia o un planteo de inhibitoria... Ello es así como derivación del principio del derecho romano del *forum praeventionis* o *perpetuatio iurisdictionis*...”.

2. En el presente caso, el juez en lo contencioso administrativo decidió implícitamente conocer en la causa al dar curso al trámite —del pedido de ejecución fiscal de una multa, firme, aplicada por la Unidad Administrativa de Control de Faltas— y resolver intimar de pago al ejecutado (fs. 4).

Más de un año después revisó su criterio sin que mediara excepción de incompetencia o inhibitoria —ni se tratara de un supuesto de competencia federal que, por su carácter de privativa (art. 12, ley 48), sí habilita la decisión de apartarse de oficio en cualquier estado del proceso— y, tras resolver que no le correspondía conocer en el expediente, poco más de un año más tarde lo remitió a la justicia en lo contravencional y de faltas.

Con lo expuesto queda claro que el propio magistrado previniente creó la excepción al criterio general establecido en la causa “Fontenla” citada *supra*, desde que, en el momento procesal adecuado, esto es, al tiempo de recibir la demanda de ejecución fiscal de fs. 1/3, le dio trámite sin analizar la procedencia o improcedencia de su competencia.

Tales circunstancias fundan la conveniencia de mantener la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, en procura de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, evitando nuevas dilaciones innecesarias en lo procedimientos y las consecuencias negativas que de ellas se pueden derivar.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Que se adhiere al criterio de la señora jueza de trámite, incluso según las razones que él expuso, sintéticamente, en su voto para el expte. n° 4743/06, “GCBA c/Martínez Bocanegra, Jorge s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 para intervenir en el caso.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique al fiscal general adjunto, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado Contravencional y de Faltas N° 27 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

CXXV

“GCBA C/GUZMÁN, ELÍAS ARGENTINO S/EJECUCIÓN DE MULTAS S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

**CONFLICTO DE COMPETENCIA: Multa impuesta
por la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Ejecución.
Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario**

Expte. n° 4741/06 - 12/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 14/7/2003 el Gobierno de la Ciudad promovió ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario la ejecución de una multa impuesta por resolución firme de la ex justicia municipal de faltas (fs. 1/3).

2. Por medio de los respectivos autos de fecha 4/8/2003 y 12/9/2003, el titular del Juzgado N° 2 del mencionado fuero tuvo por parte a la actora e intimó de pago a la ejecutada (fs. 4 y 9).

3. Tras el pedido de la actora de que se dicte sentencia (fs. 15), el señor juez de primera instancia dio vista al fiscal “a efectos de que se expida sobre la competencia” (fs. 16) y, de conformidad con la opinión vertida por el Ministerio Público en el dictamen de fs. 17, se declaró incompetente el 15 de marzo de 2005.

Fundó su decisión en la ley 1217, en el hecho de que desde el 2/2/2004 “se ha constituido el fuero en lo contravencional y de faltas”, y en lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en el expte. n° 2823/04 “GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia” (fs. 18 y vta.)

Con fecha 1°/8/2006 se efectuó la remisión a la justicia contravencional y de faltas (fs. 21).

4. La jueza en lo Contravencional y de Faltas N° 4 rechazó la atribución de competencia el 5/8/2005 (fs. 23/24).

En lo sustancial consideró que “el juez que ha entendido durante dos años en las actuaciones, ha resuelto declinar su competencia un año y medio después de la completa constitución del fuero contravencional y de faltas”, y destacó que el cambio de competencia afectaría “el derecho de toda persona a una rápida y eficaz decisión judicial, ocasionándose un dispendio jurisdiccional”.

5. A fs. 28 el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 dispuso la elevación del expediente a este Tribunal.

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 31/32 en el que propone atribuir la competencia al juzgado en lo contencioso administrativo y tributario.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La contienda negativa de competencia planteada en autos es de naturaleza análoga a la de distintos casos que han sido sometidos a conocimiento de este Tribunal, en los que se justificó un apartamiento excepcional del criterio fijado *in re* “GCBA c/Fontenla, Américo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. 2823/04, resolución del 18/3/2004.

En esa causa se estableció que la competencia para la ejecución de multas impuestas por la ex justicia municipal de faltas, como también las aplicadas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas que adquieren firmeza en sede administrativa, corresponde al fuero en lo contravencional y de faltas.

En otros pronunciamientos el Tribunal eligió una solución distinta resolviendo mantener la competencia asignada al juzgado en lo contencioso administrativo y tributario, habida cuenta del prolongado trámite en ese ámbito y, principalmente, del carácter oficioso de la declaración de incompetencia una vez admitido —expresa o tácitamente— el conocimiento de la causa (conf. “CGBA c/Mariano Andrés Gargiulo s/ejecución fiscal s/conflicto de competencia”, expte. n° 3271/04, resolución del 20/10/2004; “GCBA c/Sirlin, Élica Elizabeth s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4288/04, resolución del 16/11/2005; “GCBA c/Carranza, Ricardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”, expte. n° 4321/05, resolución del 30/11/2005).

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

2. En el presente caso, el juez en lo contencioso administrativo decidió implícitamente conocer en la causa al dar curso al trámite —del pedido de ejecución fiscal de una multa, firme, aplicada por la ex justicia municipal de faltas— y resolver intimar de pago al ejecutado (fs. 4 y 9).

Un año y medio después revisó su criterio sin que mediara excepción de incompetencia o inhibitoria —ni se tratara de un supuesto de competencia federal que, por su carácter de privativa (art. 12, ley 48), sí habilita la decisión de apartarse de oficio en cualquier estado del proceso— y, tras resolver que no le correspondía conocer en el expediente, 4 meses más tarde lo remitió a la justicia en lo contravencional y de faltas.

Con lo expuesto queda claro que el propio magistrado previniente creó la excepción al criterio general establecido en la causa “Fontenla” citada *supra*, desde que, en el momento procesal adecuado, esto es, al tiempo de recibir la demanda de ejecución fiscal de fs. 1/3, le dio trámite sin analizar la procedencia o improcedencia de su competencia.

Tales circunstancias fundan la conveniencia de mantener la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, en procura de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, evitando nuevas dilaciones innecesarias en los procedimientos y las consecuencias negativas que de ellas se pueden derivar.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Que se adhiere al criterio de la señora jueza de trámite, incluso según las razones que él expuso, sintéticamente, en su voto para el expte. n° 4743/06, “GCBA c/Martínez Bocanegra, Jorge s/ejecución de multas s/conflicto de competencia”.

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

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 para intervenir en el caso.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique al fiscal general adjunto, se ponga en conocimiento de la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas N° 4 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

CXXVI

“GCBA C/SEÑOR PROPIETARIO
DE LA CALLE CASTAÑARES 2493 S/OTROS PROCESOS
INCIDENTALES S/CONFLICTO DE COMPETENCIA”

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Unidad Administrativa de Control de Faltas. Orden de allanamiento. Reiteradas obstrucciones al procedimiento de inspección. Infracción al régimen de faltas. Competencia del fuero contravencional y de faltas

Expte. 4710/06 - 12/7/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 20/3/2006 el señor controlador de Faltas interinamente a cargo de la unidad n° 13, ofició a la Mesa de Entrada de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que se librase orden de allanamiento del local situado en Castañares 2493 de esta Ciudad por expreso pedido de la Dirección General de Fiscalización y Control (DGFyC) (véase fs. 4) frente a la obstrucción de procedimientos por parte del titular y/o encargado del establecimiento (según nota agregada a fs. 1).

De acuerdo al sorteo practicado la causa fue asignada al Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 8 (fs. 5)

2. El 29/3/2006, la señora cotitular de la Fiscalía Contravencional y de Faltas N° 2 dictaminó a favor de la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario “conforme lo fallado por el Tribunal Superior de Justicia” en la causa “GCBA c/propietario u ocupante inmueble C. Arenal 4612 UF 1 y 3 s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora s/conflicto de competencia”, expte. n° 3416/04 (fs. 9).

3. A fs. 10/11, la jueza Contravencional y de Faltas N° 8 resolvió declararse incompetente por considerar que el Gobierno de la Ciudad “no ha ejercido una pretensión tendiente a la aplicación de una sanción de orden administrativa, sino que se ha limitado a requerir una orden de allanamiento a la autoridad judicial para hacer cumplir un acto administrativo dictado en el marco de las facultades propias de su poder de policía”, y citó en apoyo la resolución del Tribunal Superior de Justicia dictada en el expediente mencionado *supra*.

4. A fs. 13/14, la señora fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 dictaminó a favor de la competencia del fuero contravencional y

de faltas, pues consideró que la cuestión en examen es análoga a la resuelta por este Tribunal en “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1º, 2º, 3º y 4º s/conflicto de competencia”, expte. n° 4514/06, resolución del 15/3/2006.

5. El 21/4/2006, el juez Contencioso Administrativo y Tributario N° 11 compartió e hizo suyas las razones expresadas por la señora fiscal, rechazó la atribución de competencia efectuada por la magistrada en lo contravencional y de faltas y ordenó devolverle los autos, invitándola a reasumir la competencia que declinó o, caso contrario, remitir las actuaciones a este Tribunal para que se dirimiera la cuestión de competencia acaecida (fs. 20).

6. A fs. 27/28 la señora jueza en lo contravencional y de faltas, previo dictamen fiscal (fs. 26), mantuvo sus anteriores consideraciones y, en consecuencia, elevó las actuaciones a conocimiento de este Tribunal.

7. El fiscal general adjunto dictaminó a fs. 30/31 que es competente el Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 8 por considerar que “la pretensión del controlador administrativo de Control de Faltas a cargo de la Unidad N° 10 es la de obtener de la autoridad judicial (ante la obstrucción al procedimiento), el libramiento de una orden de allanamiento tendiente a la realización de una actividad inspectiva en el inmueble en cuestión, con el objeto de constatar faltas y/o contravenciones y no la ejecución de un acto administrativo”.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. En oportunidad de emitir mi voto en el expte. n° 4514/06 “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1º, 2º, 3º y 4º s/conflicto de competencia”, resolución del 15/3/2006, me explayé acerca de los criterios que deben ser tenidos en consideración para resolver conflictos negativos de competencia trabados entre los juzgados en lo contravencional y de faltas y los del fuero contencioso administrativo y tributario, en orden a los pedidos de allanamiento instados por la administración.

Allí sostuve, en lo que ahora importa, que los allanamientos según las finalidades y competencias que aparezcan involucradas en cada pedido, pueden ser dispuestos por dos vías distintas que corresponderán respectivamente al fuero contravencional y de faltas o al contencioso administrativo y tributario. Para distinguirlas se debe determinar si el allanamiento tiene por objeto que una autoridad judicial reúna prueba a fin de constatar una posible infracción al régimen de faltas o intenta ejecutar un acto que exige intervención judicial, distinto de la constatación de una falta, aun cuando de él pueda surgir la prueba de su comisión.

2. En el *sub examine* los elementos de juicio obrantes en la causa para resolver el conflicto de competencia planteado, a la luz de los criterios aludidos, son de momento insuficientes.

En efecto, no hay copia completa de la actuación administrativa que culmina con la intervención de la UACF a fin de indagar la naturaleza jurídica de las denuncias presentadas ante la Dirección General de Fiscalización y Control (DGFyC) que dieron origen al proceso y que motivan, en definitiva, la inspección solicitada por la autoridad de aplicación (según notas agregadas a fs. 1 y 4).

Por lo demás, el expediente bajo análisis muestra que la gestión de la orden de allanamiento fue requerida a la Unidad Administrativa de Control de Faltas por la DGFyC por reiteradas *obstrucciones a los procedimientos de inspección* intentados (conducta penada por el régimen de faltas en el art. 9.1.1) y, además “por la eventual existencia de riesgos concretos que puedan dañar a los alojados en el hotel...” (fs. 1).

En tal contexto, haber dirigido el pedido de allanamiento, a través de la UACF, al fuero contravencional y de faltas en relación con la obstrucción denunciada impondría la necesidad de atribuir competencia a ese fuero para que decida acerca de la procedencia de la medida requerida orientada, por regla, a colectar prueba vinculada con la falta denunciada cuya verificación y sanción, en definitiva, quedará sujeta al control del propio fuero contravencional a instancia del infractor. Por otro lado, la mera invocación, en el pedido de la DGFyC, de una “eventual existencia de riesgos concretos que puedan dañar a los alojados en el hotel” no solo aparece como accesorio, sino que, además, tampoco da cuenta de acto alguno emanado de la administración que torne justificada la intervención del fuero contencioso administrativo y tributario (conf. mis votos *in re* “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889...” ya citado y más recientemente en “UACF n° 24 s/solicitud de allanamiento en la calle Velazco 996 incidente de competencia] s/conflicto de competencia”, expte. n° 4644/06, resolución del 3/5/2006).

3. En atención a que la competencia debe decidirse en función de los elementos colectados en el expediente y ante la indeterminación apuntada, me inclino —de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal en “Digur S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia”, resolución del 2/4/2004, en lo que es aplicable y en el caso “UACF n° 24 s/solicitud allanamiento en la calle Velazco” recién aludido— por atribuir la competencia al juez que previno, esto es, al señor magistrado en lo Contravencional y de Faltas N° 8, a quien deberá devolverse las actuaciones a sus efectos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto la solución del señor juez de trámite por los fundamentos que expusiera en mis votos en los precedentes “Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317 CABA por presunta infracción art. 54, Cód. Contrav. s/conflicto de competencia”, expte. n° 4498, resolución del 13/3/2006; “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889 PB 1°, 2°, 3° y 4° s/conflicto de competencia”, expte. n° 4514, resolución del 15/3/2006; y

“UACF n° 24 s/solicitud de allanamiento en la calle Velazco 996 (hotel) (incidente de competencia) s/conflicto de competencia”, expte. 4644/06, resolución del 3/5/2006.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite, especialmente en virtud de lo aclarado en el punto 3 de su voto, que reitera criterios anteriores míos respecto de cuestiones de competencia similares y, también, diferentes (conf. mi voto en “UACF n° 24 s/solicitud de allanamiento 996 [hotel] [incidente de competencia] s/conflicto de competencia”, expte. n° 4644/06, resolución del 3/5/2006).

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

Compartimos la solución propiciada por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, y lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto (fs. 30/31). Ello así, pues consideramos que la cuestión a resolver resulta similar a la planteada *in re* “GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1°, 2°, 3° y 4° s/conflicto de competencia”, expte. n° 4514/06, resolución del 15/3/2006. Por ende, corresponde seguir con el criterio allí expuesto.

En efecto, en esta causa, se impone asignar competencia al Juzgado Contravencional y de Faltas N° 8 que previno y a los efectos que allí se crean convenientes. Ello así, por cuanto la solicitud de allanamiento que nos ocupa reconoce su génesis y motivación en las presuntas infracciones al régimen de faltas (art. 9°.1.1 de la ley 451; “Obstrucción de Inspección”) que fueron, en principio, comprobadas en reiteradas oportunidades por la DGFyC (fs. 1). Además, el libramiento de la orden respectiva fue exigida en el marco de un sumario administrativo sustanciado ante la UACF (legajo n° 860.703/00/05; fs. 4) y, presumiblemente, se dirige a la constatación de otras infracciones de la misma especie —por ejemplo, aún no se ha podido verificar si el inmueble cuenta con autorización para funcionar como hotel (4.1.1, ley 451), lo cual surge de los informes de inspección adjuntados (a fs. 2 y 3).

En consecuencia, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde devolver las actuaciones al juzgado de origen.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* la competencia del juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 8 para conocer en este expediente.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento de la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y

Tributario Nº 11 y se remita el proceso al juzgado declarado competente, a sus efectos.

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

CXXVII

“GIGACABLE S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Requisitos. Norma de carácter general. Admisibilidad. Duda razonable respecto de su procedencia. Servicio de televisión por cable

Expte. nº 4627/06 - 12/7/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

Gigacable S.A. y la abogada Ana Inés Coni promueven acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2, CCBA) para que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 4º, 6º *in fine*, 7º, 14, 24 y 31, párr. 3º, de la ley local 1877 (fs. 45/45 vta.), que establece la nueva regulación para la instalación de redes de televisión por cable y servicios complementarios.

La actora afirma que, a los efectos de ejercer su actividad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los futuros prestadores de estos servicios deben tolerar exigencias y condiciones impuestas por las normas impugnadas que, ella sostiene, resultan asimétricas con relación a aquellas que obligan a compañías de servicios ya establecidas.

De este modo, el fundamento constitucional de la impugnación reposa en la alegada violación del principio de igualdad (arts. 16 y 20 C.N., art. 11 CCBA); del derecho de los consumidores (art. 42 C.N., arts. 46 y 48, CCBA), en tanto las medidas adoptadas, distorsivas del mercado, atentan contra “una sana y efectiva competencia..., fomentando la creación y consolidación de formas monopólicas u oligopólicas en la prestación de servicios”; del derecho a la pluralidad de transmisiones (art. 47, CCBA, en tanto la Ciudad “vela para que no sea interferida la pluralidad de emisores y medios de comunicación, sin exclusiones ni discriminación alguna”) y del derecho de propiedad (arts. 14 y 17 C.N., y 12, inc. 5º, CCBA).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18, incs. 1 y 2, de la ley 402.

2. Las normas impugnadas fueron dictadas por las autoridades locales y revisten carácter general, por lo que la presentación satisface los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º, CCBA y el art. 17 de la L.P.T.

3. Las disposiciones son atacadas por razones de naturaleza constitucional local y nacional. De este modo, la presentación cumple otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º, CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. Además, la actora se ciñe, en su petitorio, a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia de las normas (fs. 56 vta.).

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

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y LUIS F. LOZANO dijeron:

Nos adherimos al voto del juez Julio B. J. Maier.

La jueza ANA MARÍA CONDE y el juez JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Si bien los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada 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. 2º, CCBA —que se deduzca contra una norma de alcance general, que no se intente tutelar una situación particular, etc.—, lo cierto es que se encuentran invocados derechos constitucionales que bien podrían resultar afectados por las reglas jurídicas que se impugnan.

Como lo hemos propiciado en anteriores oportunidades (*in re* “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3881/2005, resolución del 18/5/2005), consideramos que, ante la existencia de duda razonable acerca de su andamio, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca del planteo efectuado.

Por ello, sin perjuicio del juicio de procedencia de la acción que pueda efectuarse luego de escuchadas las partes en el debate con el que se sustancia este proceso, votamos por la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* formalmente admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada a fs 45/56 y 66/67 por Gigacable S.A. y la abogada Ana Inés Coni contra el GCBA.

2°. *Correr* traslado de la demanda por treinta (30) días al señor jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, 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.

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

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

CXXVIII

“SCHIAVO, GUSTAVO RODOLFO C/CONSEJO
DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)
S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura
de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad
de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial.
Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4607/06 - 12/7/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Gustavo Rodolfo Schiavo, empleado del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires inició una acción de amparo en la que solicitó un incremento de sus haberes de \$ 240 por mes con carácter remunerativo y bonificable desde mayo de 2003, el pago de una diferencia de \$ 20 desde diciembre de 2003, más los intereses correspondientes, para que se cumpla así con la escala establecida en la resol. 37-CM/99 (fs. 1/5). El juez de primera hizo lugar al ampa-

ro y condenó a abonar al actor los incrementos salariales solicitados en la demanda (fs. 71/77 vta.).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 84/99). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 111/113).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 118/141) que, previo traslado a los actores que no fue contestado, fue concedido por la Sala II (fs. 146/147 vta.).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad (fs. 154/156).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el Tribunal “ya ha tratado el asunto que aquí se debate y ha resuelto revocar el pronunciamiento de la Sala I, que en lo sustancial es coincidente con el criterio sostenido por este estrado” (punto 4, fs. 146 vta.), en referencia a la causa decidida por el Tribunal el día 28/9/2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechazó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para que consideremos mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Con la salvedad indicada, los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sen-

tencia— son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por el actor. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28/12/2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia mencionada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CXXIX

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘RADIO VICTORIA FUEGUINA S.A. C/GCBA
S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

**RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Recurso
de inconstitucionalidad. Decisión emanada
del tribunal superior de la causa. Impugnación del acto administrativo
que impone multa. Condonación de multa. Arbitrariedad de sentencia**

Expte. nº 4539/06 - 12/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Radio Victoria Fieguina S.A. promovió una demanda para impugnar la resol. 2869-DGR/95, confirmada por resol. 258-SHyF/00 que desestimó el recurso jerárquico por ella planteado, que le impuso una multa de \$ 4.552 por evasión fiscal. Posteriormente planteó que se declare que la multa fue condo-

nada por aplicación de la ley 671. La Procuración General de la Ciudad se opuso a tal pretensión.

La jueza de primera instancia consideró que la multa se encontraba alcanzada por la condonación prevista por la ley 671, reglamentada por el art. 6° del dec. 2076/01, y declaró abstracta la cuestión sometida a su consideración.

2. La Procuración General planteó contra esa decisión el recurso de inconstitucionalidad fundado en la arbitrariedad de la sentencia. Consideró que, por razón del monto debatido, la resolución no era pasible de apelación. La jueza consideró satisfecho los recaudos del recurso referidos a su interposición oportuna, a la impugnación de una sentencia definitiva, al carácter de superior tribunal de la causa que dictó el pronunciamiento, pero denegó su concesión por considerar que “el fallo se encuentra suficientemente fundado”.

Frente a la denegatoria, la Procuración General interpuso la queja que tramita en autos. Al emitir su dictamen, el señor fiscal general adjunto solicitó el rechazo de la decisión recurrida en tanto no proviene del tribunal superior de la causa, ya que la limitación a la apelación por razón del monto no rige cuando se impugnan multas, de conformidad con lo establecido por la resol. 149/99 del Consejo de la Magistratura, reglamentaria del art. 219, última parte, CCAyT.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Le asiste razón al señor fiscal general adjunto en su objeción a la admisibilidad de la queja.

El recurso de inconstitucionalidad sólo procede contra decisiones emanadas del “superior tribunal de la causa” (art. 27, ley 402), condición que no cumple la sentencia recurrida pues ella era pasible de ser cuestionada por apelación ante la Cámara de Apelaciones del fuero. En efecto, si bien el art. 1° de la resol. CM-149/99 (modificada, aunque no en este artículo, por la resol. CM-487/04) establece “en \$ 5.000 (pesos cinco mil) el monto mínimo en concepto de capital, a partir del cual será procedente el recurso de apelación contra las sentencias definitivas recaídas en procesos de conocimiento”, deja expresamente fuera de esa limitación los casos “en los que *se controvierta la procedencia de multas, en los que no habrá límite de monto*” (sin destacar en el texto original).

2. La omisión de la Procuración General de la Ciudad en plantear el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que consideró

condonada la multa impuesta a Radio Victoria Fueguina S.A. para ser atendida por la Cámara del fuero, determina que el recurso de inconstitucionalidad incoado —y la queja que lo defiende ante este estrado—, no se dirija contra una decisión del tribunal superior con competencia para decidir la causa en las instancias de mérito.

Por esa razón, correctamente advertida por el señor fiscal general adjunto, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA —agregado a fs. 17/26— fue interpuesto por escrito, ante el Tribunal y dentro del plazo que fija la ley 402. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. En la resolución de fs. 16/vta., la jueza interviniente denegó la instancia extraordinaria porque la demandada no había logrado acreditar que el fallo atacado fuera arbitrario.

El recurso directo del GCBA no logra poner en crisis el auto denegatorio referido. La presentación se limita a remisiones y reiteraciones de argumentos que el quejoso expusiera en el recurso de inconstitucionalidad, pero carece del requisito necesario consistente en formular una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

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

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 por recurso de inconstitucionalidad denegado planteado a fs. 17/26.

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

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

CXXX

“REALE, ERNESTO OSVALDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘REALE, ERNESTO OSVALDO C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS’”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Cobranza de deudas fiscales en mora. Revocación de mandato otorgado a cobrador fiscal. Invocación genérica de garantías constitucionales. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4549/06 - 12/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ernesto Osvaldo Reale inició ante la Justicia Nacional en lo Civil una demanda contencioso administrativa contra el GCBA en la que solicitó la nulidad del acto administrativo (dec. 1360/95, erróneamente identificado en la demanda como nº 1423/95) por el que se revocó el mandato que le fuera conferido para el cobro a los contribuyentes de la deuda fiscal en mora. Él reclamó, además, la reparación integral de los daños y perjuicios resultantes (fs. 1/10 de los autos principales).

La accionada opuso excepción de inhabilitación de la instancia “por no haber la actora promovido la presente acción en el término perentorio de sesenta días hábiles, conforme lo dispone el art. 100 de la ley 19.987” (fs. 19/23 vta. de los autos principales) y contestó la demanda (fs. 33/45 de los autos principales).

El juez nacional de primera instancia en lo civil difirió el tratamiento de la excepción articulada para el momento del dictado de la sentencia definitiva (fs. 48 de los autos principales).

2. Radicadas las actuaciones en el fuero contencioso administrativo y tributario local, la magistrada actuante desestimó la acción intentada (fs. 164/173 vta. de los autos principales).

3. La decisión fue apelada por el actor (fs. 190/209) de los autos principales.

La Sala II declaró desierto el recurso (fs. 231/235 vta. de los autos principales), por entender que la expresión de agravios no cumplía con los requisitos del art. 236, CCAyT, en tanto la presentación del apelante sólo reeditaba las cuestiones que ya había expuesto en el escrito de inicio respecto de los vicios del decreto cuestionado en autos y no contenía ninguna consideración

“respecto del argumento en el que, en definitiva, se fundó la juez *a quo* para rechazar la pretensión; a saber: la falta de habilitación de esta instancia judicial (...)” (fs. 234 *in fine* de los autos principales).

4. La actora dedujo recurso de inconstitucionalidad fundado en la presunta afectación de sus derechos de protección contra el despido arbitrario, propiedad, igualdad de partes en el proceso y defensa en juicio (arts. 14 bis, 16, 17 y 18, C.N. y arts. 10, 13, inc. 3º y 43, CCBA) (fs. 240/269 de los autos principales).

La Cámara denegó el recurso (fs. 280 y vta. de los autos principales). Sostuvo que los argumentos vertidos por el recurrente se insertaban “en un marco de consideraciones genéricas que se limitan a disentir con la interpretación que en la sentencia se efectuó de normas legales de naturaleza infraconstitucional y en tanto en ella por aplicación de una cuestión de naturaleza procesal se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora” (fs. 280 de los autos principales).

En cuanto a la alegada arbitrariedad del fallo en crisis, la Sala dijo que su invocación es de carácter restrictivo y no puede fundarse en la mera desconformidad del apelante con la interpretación efectuada por los jueces respecto de las normas que aplican, en tanto aquellos no excedan las facultades propias de sus funciones.

5. Contra la resolución denegatoria, Ernesto Reale recurrió en queja (fs. 77/107).

6. Corrida vista al Ministerio Público, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la presentación directa (fs. 115/117).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja interpuesta oportunamente, no puede ser admitida ya que no cumple con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33, párr. 2º de la ley 402.

2. Las objeciones contenidas en la presentación directa no se dirigen, en realidad, a desvirtuar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Según surge de las constancias de la causa, la actora requirió la nulidad del acto administrativo por el cual se revocó el mandato conferido por el GCBA para el cobro a los contribuyentes de la deuda fiscal en mora. Luego de que la demanda fuera desestimada en primera instancia, el accionante dedujo recurso de apelación (que fue declarado desierto por la Cámara).

Desde allí, y en las sucesivas presentaciones efectuadas en el expediente (recurso de inconstitucionalidad y queja por recurso de inconstitucionalidad denegado), Reale sólo reeditó los argumentos que él ya había expuesto en

el escrito de inicio —referidos a supuestos vicios que, a su juicio, caracterizarían al acto administrativo impugnado— omitiendo, en cada una de esas oportunidades el cuestionamiento adecuado a las distintas decisiones que, en cada instancia recursiva, podían ser objeto de impugnación.

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. “Fiat Auto Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fiat Auto Argentina S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la cámara de apelaciones’”; expte. n° 4123, resolución del 21/12/2005, entre muchos otros).

En la queja, y bajo el título de “Fundamentación del recurso de queja” Reale afirma: “el fallo que ataco contiene omisiones y contradicciones y *afirmaciones dogmáticas carentes de probanza alguna y no se respaldan en norma positiva alguna proveniente de la legislación invocada*” (fs. 78, el destacado, con mayúsculas en el original). Idéntica objeción reproduce el recurso de inconstitucionalidad (fs. 241 de los autos principales) y continúa: “Y lo que es más grave aun ello se produce y opera o efectiviza, con la genérica, infundada, irrita, agravante, descalificadora sin sustento alguno, y arbitraria decisión de declarar la deserción del recurso, con lo que se omite el dictado un pronunciamiento concreto sobre la nulidad del acto administrativo que se articuló y probó acabadamente en los autos del rubro” (fs. 78 —*sic*—).

Las objeciones del quejoso citadas en el párrafo anterior no están referidas, como él pretende, al decisorio que declaró desierto el recurso de apelación. En verdad, apenas repiten la enumeración de los supuestos agravios constitucionales que atribuye a la Cámara, como si ella hubiera abordado y emitido opinión sobre el fondo del asunto lo que no ocurrió, como ya quedó señalado, en la presente causa.

Es claro, pues, que a fs. 77/107 Reale no critica el auto de fs. 280 y vta. de los autos principales, ni se hace cargo de las razones por las cuales el recurso de fs. 240/269 no fue admitido por la Cámara.

En consecuencia, la presentación directa ante el Tribunal, por las deficiencias mencionadas, no constituye técnicamente una queja, único medio que habilita al Tribunal a conocer en el recurso de inconstitucionalidad denegado.

4. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta por Ernesto Osvaldo Reale a fs. 77/107.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso interpuesto por el Sr. Ernesto Osvaldo Reale ante el Tribunal, si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede ser admitido, pues el mismo no reúne los requisitos mínimos para ser tratado.

2. En efecto, el escrito del recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad (que a su vez reedita las presentaciones anteriores ante el juez de primera instancia y la Cámara), sin una sola referencia a la resolución que denegara dicho recurso.

Tal como lo sostiene en su voto la señora jueza de trámite, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001), criterio éste que concuerda con lo ya dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (*Fallos*, 308:2263; 311:2338; 293:166; 302:502; 290:391).

Las deficiencias de la presentación del Sr. Reale definen su rechazo, ya que técnicamente no constituye un recurso de queja, único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado.

En situaciones como la de autos, no es posible avanzar en la evaluación de si hay o no cuestión constitucional.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por el rechazo del recurso articulado a fs. 77/107.

El juez José O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo pone de resalto el señor fiscal general adjunto en su dictamen, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional en forma clara y razonada, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

En efecto, los agravios vinculados con la nulidad del dec. 1360/95, que revocó con causa el mandato conferido al recurrente para gestionar el cobro de deuda fiscal en mora, y los relativos a la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios provocados por ese acto remiten a la consideración de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la competencia del Tribunal prevista en el art. 27 de la ley 402. Por lo demás, la parte interesada se limita a efectuar una mención genérica de derechos constitucionales —arts. 18, 28, 14 bis, 16 y 17, C.N.— sin fundamentar la existencia de una relación directa e inmediata entre las mencionadas disposiciones y el caso concreto.

La tacha de arbitrariedad refleja exclusivamente la discrepancia del recurrente con los fundamentos brindados por el *a quo* para sostener el pronunciamiento impugnado sin exhibirlo como insostenible.

2. Finalmente, corresponde señalar que las consideraciones que fundaron los precedentes “Cobas, Manuel Osvaldo s/queja por recurso de in-

constitucionalidad denegado, en: ‘Cobas, Manuel Osvaldo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 3272/04, resolución del 6/4/2005 y “Signes, Hugo Raúl c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 4448/05, resolución del 6/6/2006, entre otros, invocadas a fs. 105, no resultan aplicables al *sub lite*. Ello así, toda vez que en esas causas se ponderó la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios por la revocación del mandato otorgado a cobradores fiscales sin imputación de culpa. En autos, en cambio, la revocación se dispuso por un supuesto incumplimiento de las obligaciones a cargo del recurrente, sin que la impugnación del decreto fuera tratada por el *a quo* en función de obstáculos procesales vinculados con la falta de habilitación de la instancia judicial, resolución que fuera confirmada por la Sala II al no haber planteado la actora agravio alguno al respecto (fs. 39, punto 13.3).

En síntesis, la queja no demuestra que el recurso de inconstitucionalidad haya sido mal denegado, en tanto los agravios planteados remiten a valoraciones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional (local y común), sin que la parte logre demostrar que se encuentre involucrada una cuestión constitucional que habilite la instancia de excepción ante este estrado.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Me conforman tanto la solución como los argumentos de los votos de la señora jueza de trámite y de la Dra. Ana María Conde, anteriores al mío. Empero, en tren de dar cuenta del estudio del caso, quiero aclarar, sintéticamente, algunos puntos:

2. En primer lugar, como siempre, todos los argumentos reconducen a la ya célebre *arbitrariedad* como motivo del recurso de inconstitucionalidad, arbitrariedad que se define como agravio frente a la interpretación de la ley común (*infraconstitucional*) aplicable al caso o como crítica a la valoración de la prueba (*sana crítica*) por el tribunal de mérito. Al menos en mi comprensión estricta de la presunta *arbitrariedad* como motivo del recurso de inconstitucionalidad, esta comprensión abarcativa está excluida como razón constitucional (conf. mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792/05, resolución del 29/6/2005).

3. En segundo lugar, de nada vale citar, fuera de todo orden y medida, diversos artículos de las constituciones y garantías de ese tipo en los que los autores o los tribunales han pretendido fundar una tal *arbitrariedad*, tales como la propiedad, la defensa en juicio, la igualdad de las partes en el proceso, etc. Éstas sólo son citas de protesta, al haber perdido el pleito ante los tribunales de mérito, que pretenden prolongar la agonía al infinito, como si fuera posible mantener un litigio vivo continuamente, sin final normativo alguno, esto es, no arribar nunca a la sentencia firme, necesaria para las relaciones humanas, para cuya definición están establecidos, precisamente, los tribunales de mérito, sin intervención de los tribunales excepcionales (competentes sólo para decidir los recursos limitados o de excepción, como aquel que nos ocupa).

4. En tercer lugar, la interpretación del CCAyT de la Ciudad, cuando regula el plazo después del cual el acto administrativo adquiere firmeza y se transforma en irrecurrible, es una cuestión de interpretación de la ley local y común (*infraconstitucional*), para cuya determinación son sólo competentes los tribunales de mérito, actividad que, por lo tanto, excede toda competencia del TSJ y que, en ciertas ocasiones, depende de cuestiones de hecho, a establecer por esos mismos tribunales de mérito conforme a la valoración de la prueba producida y no producida por los intervinientes en el litigio, totalmente ajenas a nuestra instancia.

5. En último lugar, no se comprende el argumento conforme al cual se puede criticar a alguien que prescinde de conceder un poder en el futuro, poder que antes dependió de su propia voluntad de realización o de concesión, más allá del reclamo pertinente por el daño causado, en sí motivo de hecho y prueba y de interpretación de las normas comunes a él referidas.

6. Por todo ello, estimo que la queja debe ser desestimada.

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 por recurso de inconstitucionalidad denegado planteado a fs. 77/107.

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

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

CXXXI

“GAMBACORTA, MARIO LUIS C/LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/AMPARO (ART. 14, CCBA)”

AMPARO: Incompetencia del Tribunal Superior de Justicia. Demora de la Legislatura en la toma de juramento a miembro titular del Consejo de la Magistratura

Expte. n° 4775/06 - 13/7/2006

VISTO:

El expediente mencionado en el epígrafe,

1. Mario Luis Gambacorta interpuso acción de amparo contra la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3, con el objeto de que el tribunal le ordene “que en la próxima sesión que ésta realice proceda a tomarme juramento como miembro titular del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires” (fs. 1/9)

Para fundar su petición expresó, en sustancia, que:

- a) Fue designado como suplente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en representación de la Legislatura para el período 2002-2006, en la primera sesión extraordinaria del 19/12/2002.
- b) Existen actualmente dos vacantes en la representación estamental de la Legislatura de la Ciudad, “cuando debería haber, conforme lo establece la Constitución de la Ciudad y la ley 31, tres miembros que la representarían”.
- c) El amparista afirma ser el único suplente electo que queda.
- d) La Legislatura dilata la designación que le corresponde —no obstante los reclamos formales que ha efectuado a ese efecto—, y afecta “[sus] derechos individuales de rango constitucional... [y el] adecuado y cabal funcionamiento del Consejo de la Magistratura”.
- e) La demora de la Legislatura “puede tornar imposible [su] asunción para un cargo que vence el 19/12/2006”, y se asienta sobre “errores y jurídicamente insostenibles argumentos”, acerca de los que se exployó.
- f) El peticionario tiene la calidad de suplente al Consejo de la Magistratura en representación de la Legislatura y no de un bloque de ella.
- g) A partir del fallo del TSJ en “Baldomar, Ricardo Félix s/amparo”, expte. n° 4124/05, “se verifica... que los reemplazantes no son para suplir a un solo y determinado titular, sino que cubren las vacancias existentes”.

El actor acompañó la documental de fs. 11/124, pidió como medida cautelar que se ordenara a la Legislatura tomarle juramento en forma urgente como consejero titular, e hizo reserva de accionar por daños y perjuicios y del caso federal.

2. A fs. 129, previa vista al Fiscal y por remisión a los fundamentos del dictamen de fs. 127/128, el magistrado titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 declaró su incompetencia y remitió las actuaciones a este Tribunal, pues entendió que, tal como ocurriera en precedentes que cita, la cuestión correspondía al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia.

3. Recibido el expediente en esta sede se corrió vista al señor fiscal general (fs. 132).

Ínterin, se presentó nuevamente el Sr. Gambacorta (fs. 151/153) y pidió el dictado de una medida de no innovar —bajo caución juratoria—, consistente en ordenar a la Legislatura que se abstuviera de designar a cualquier nuevo/a representante por su estamento como miembro del Consejo de la Magistratura de la Ciudad, hasta tanto se resolviera el amparo impetrado.

4. A fs. 139/140, el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia emitió dictamen y opinó que el TSJ no es competente para entender en estas actuaciones, y que lo solicitado excede las facultades jurisdiccionales por pertenecer al ámbito privativo de la Legislatura.

5. A fs. 156 el juez de trámite convocó al actor, al vicepresidente 1° de la Legislatura y al fiscal general adjunto a la audiencia de la que da cuenta el acta de fs. 160.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El TSJ ha admitido, de ordinario, su propia competencia en actos electorales vinculados a la elección de autoridades del Consejo de la Magistratura local (conf. expte. n° 1887/02, “Arias, César Augusto y otros c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal —Junta Electoral— s/amparo” [CyJ, *Fallos TSJBA*, t. IV, 2002, pp. 592 y ss.]; expte. n° 2956/04, “Garavano, Germán Carlos y otra c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral— s/medida cautelar autónoma”, resolución del 23/3/2004; expte. n° 4124/05 “Baldomar, Ricardo Félix s/amparo”, resolución del 19/9/2005; en el mismo expediente dictó sentencia sin controvertir su competencia el 21/10/2005; expte. n° 4576/06 “Busso, Ricardo Mario c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/amparo”).

Huelga decirlo, pero, en todos estos casos, existió un proceso electoral, un comicio de por medio, y un comicio que afectaba a un órgano de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de la Magistratura con relación a

una gran parte del Poder Judicial de la Ciudad; se puede agregar, también, que en todos esos casos eran impugnadas resoluciones del órgano que obraba como Junta Electoral. Ya por imperio de la CCBA, 113, inc. 6º, ya por analogía con la facultad concedida por esa norma, el Tribunal consideró fundada la competencia para tramitar el procedimiento y decidir.

2. El caso actual no es, al menos, idéntico o similar. Si bien se trata de la integración del Consejo de la Magistratura como órgano de gobierno de la Ciudad, la diferencia consiste en la afirmación de que no existe comicio alguno o proceso electoral de cualquier clase en trámite. Antes bien, se trata de la decisión de un órgano de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la Legislatura de la Ciudad, de la interpretación de actos que son propios de ella, sus designaciones conforme a las reglas que ese mismo Poder Legislativo ha dictado.

En todo caso, la situación es más parecida al amparo por mora en resolver un acto administrativo que el actor pretende —que la Legislatura le tome juramento como nuevo integrante del CMCBA—, sin que esta comparación signifique conceder razón alguna a su legitimación para demandar.

3. Ello, a mi juicio, resulta decisivo para adoptar el criterio expuesto por mí en el expte. n° 4547/06, “Baigorria, Beatriz Mercedes y otros c/GCBA s/amparo”, resolución del 15/3/2006, cuyos fundamentos son valiosos también en este caso. Así, “la Constitución de la Ciudad asigna competencia originaria y exclusiva al Tribunal Superior en un limitadísimo número de casos”; “En el caso de la competencia electoral... se trata de poner en cabeza del Tribunal Superior el control judicial de aquellos actos vinculados con el desarrollo del proceso electoral...”; “...una lectura coherente de la Constitución de la Ciudad muestra, sin mayor esfuerzo, cuál es el contenido de la materia electoral a la que se refiere el art. 113, inc. 6º: la que atañe al ejercicio de los derechos políticos y de participación ciudadana... y que concierne, específicamente, al sufragio activo y pasivo en relación a los cargos públicos *electivos* de los órganos constitucionales que ejercen el gobierno de la Ciudad Autónoma...” (el resaltado en bastardilla es nuestro); por último, la referencia a la aplicación del Código Electoral nacional (ley 19.945 y sus modificatorias —texto ordenado por el dec. 2135/83—), en tanto regula el sufragio activo y pasivo, y sus instituciones, (conf. punto n° 3 del voto antes citado), también es pertinente en este caso. pues, como se dijo, él carece de un proceso comicial.

Por esa razón, suplementada por las que expresaron mis colegas jueces en el proceso citado, votaré por decidir la incompetencia del Tribunal Superior de Justicia para conocer en este caso, sin que tal decisión suponga la admisión o rechazo de la demanda, ni la admisión o el rechazo de la vía mediante la cual ella es intentada. Por lo demás, necesito aclarar que no presumo que esta decisión y la interpretación que le sirve de apoyo sea una verdad revelada, al estilo del teorema de Pitágoras, irrevocable e imposible de con-

tradecir. Por lo contrario, frente a la orfandad del derecho público y político local, estimo que es tan sólo una de las interpretaciones posibles —para mí la más adecuada al caso y al problema planteado, tal como lo concibió el actor, que no demandó ante nosotros y demandó, prácticamente, por mora u omisión en la realización de un acto administrativo—, interpretación que, en abstracto, posee tantos merecimientos como sus opuestas. Tal interpretación se orienta, genéricamente, por mi conocida posición restrictiva respecto de la competencia electoral y de partidos políticos.

4. Me eximo de opinar sobre las medidas cautelares requeridas, de conformidad con el contenido de mi voto, pero agrego, además, que la decisión sobre ellas no parece urgentísima —o, al menos, tal clase de urgencia no ha sido demostrada por el peticionante— y puede ser decidida, positiva o negativamente, por el tribunal que, en definitiva, entienda en el caso

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

1. A diferencia de lo que ocurriera en los precedentes “Arias, César Augusto c/Colegio Público de la Capital Federal —Junta Electoral— s/amparo”, expte. n° 1887/02, resolución del 4/11/2002; “Garavano, Germán Carlos y otra c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral— s/medida cautelar autónoma”, expte. n° 2956/04, resolución del 23/3/2004; “Baldomar, Ricardo Félix s/amparo”, expte. n° 4124/05, resolución del 19/9/2005, y “Busso, Ricardo Mario c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/amparo”, expte. n° 4576/06, resolución del 22/3/2006, en los que el Tribunal intervino en función de la competencia electoral originaria que le atribuye el art. 113, inc. 6°, CCBA, el asunto que concierne al *sub examine* es ajeno a la materia electoral.

Ello es así porque, en todos los casos citados, la materia electoral estuvo dada por la existencia de procesos electorales en curso o de consecuencias directas de procesos electorales concluidos para la integración de los miembros del Consejo de la Magistratura por los estamentos de los jueces y los abogados, en tanto que, en la especie, se trata de la integración de los miembros del Consejo de la Magistratura por la Legislatura, que no se realiza a través de un proceso comicial, sino por designación del cuerpo legislativo en ejercicio de una función atribuida constitucionalmente (art. 115, CCBA), y reglada por la ley 31.

Como puede advertirse, el procedimiento seguido para la designación de los representantes de la Legislatura en el Consejo de la Magistratura, típico del ejercicio propio y ordinario de la actividad parlamentaria, carece de los elementos que son distintivos de los “procesos electorales”, tales como la sujeción a un cuerpo específico de normas electorales (Reglamento Electoral, Código Electoral, etc.), la actuación de un órgano de fiscalización y control como lo son las juntas electorales en aquéllos, la existencia de una campaña electoral y, estrictamente, tampoco hay una convocatoria electo-

ral, un padrón electoral, un escrutinio electoral, etc. En conclusión, no hay “proceso electoral”.

2. Puede señalarse que la sola circunstancia de que la CCBA utilice la expresión “elegidos” en su art. 115, inc. 1º, al referirse a los tres miembros del Consejo de la Magistratura que son nombrados por la Legislatura —en forma similar a como lo hace cuando alude a los miembros de los estamentos de los jueces y los abogados en los incs. 2º y 3º—, no le otorga naturaleza electoral al procedimiento de designación por la Legislatura, amén de que la misma Constitución habla de “designación” de sus representantes en el Consejo de la Magistratura en la cláusula transitoria duodécima, inc. 4º [Nota: La Legislatura, en el plazo de ciento veinte días corridos a partir de su constitución, sancionará la ley a que se refiere el art. 117, designará a sus representantes en el Consejo de la Magistratura en el Jurado de Enjuiciamiento y proveerá lo necesario para que ambas instituciones queden constituidas en los dos meses siguientes].

En otras palabras, el constituyente ha utilizado indistintamente derivados de los verbos elegir o designar al ocuparse de la integración del Consejo de la Magistratura con representantes de la Legislatura, integración que concierne al ejercicio de una función propia del órgano extraña a la materia electoral.

De otra forma, cada vez que la Legislatura ejerce una función constitucional, legal o reglamentaria de designación para un cargo, a través de un procedimiento similar al utilizado con el Sr. Gambacorta —vale reiterarlo, el usual procedimiento de votación parlamentaria— cabría considerársela susceptible de ser sometida al conocimiento originario de este Tribunal en función de su competencia electoral y, de esa manera, pretender discutir ante estos estrados la designación del Defensor del Pueblo (art. 137, CCBA), de los miembros del directorio del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (art. 138, CCBA), de las propias autoridades de la Legislatura que se “eligen” conforme a su Reglamento Interno (arts. 1º, 86, 139, 174 y conc.), etcétera.

Párrafo aparte merece la intervención que le cupo a este Tribunal en la causa “Partido Justicialista y otros c/GCBA”, expte. nº 50/99, resolución del 4/6/1999, en la que la agrupación de mención pidió la nulidad de la resolución de la Legislatura que designó a seis auditores generales integrantes de la Auditoría General de la Ciudad, pues allí la materia no fue electoral sino de partidos políticos, pues, como se dejó expresado entonces, al asumir la competencia el Tribunal valoró la función de “integración de gobierno” que el art. 61, CCBA, asigna a los partidos políticos, y la invocación del actor —un partido político— de que en la designación de los auditores generales (exceptuado el presidente del órgano) se había lesionado la facultad de los legisladores de dicho partido para proponer auditores, en atención a la representación numérica.

3. En cuanto a las cautelares planteadas, sin abrir juicio acerca de las mismas, coincidimos con lo expresado por el juez Maier en el punto 4 de su voto, en el sentido de que su pertinencia o impertinencia podrá ser oportunamente decidida por el juez que habrá de conocer de estos autos.

4. Por todo lo expuesto consideramos que el Tribunal Superior de Justicia, no es competente para entender en la presente causa, la que debe ser devuelta al Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 para que le dé el trámite que corresponda.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El objeto del presente amparo consiste en obtener una sentencia que ordene a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tomar juramento al actor como miembro titular del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. La materia cuyo tratamiento propone el amparista guarda analogía con el conocido caso (o causa) *Marbury* [Nota: (US (1 Cranch), 137 (1803))] y versa sobre un punto regido por la Constitución de la Ciudad (conf. art. 106, CCBA).

Sin embargo el caso no se encuentra dentro de ninguna de las hipótesis de atribución de competencia del Tribunal Superior, por tanto comparto los fundamentos expuestos por mi colega Julio B. J. Maier en los apartados 1, 2, párr. 1° y 3, párr. 1°, de su voto.

En consecuencia, considero que debe declararse la incompetencia del Tribunal y devolverse el asunto al magistrado de primera instancia para que continúe entendiendo en él. En atención a que obran en el expediente dos pedidos de medidas cautelares formulados por el actor, la remisión ha de hacerse con carácter urgente.

Así voto.

Por todo ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, en lo pertinente,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Declarar* su incompetencia para conocer en este expediente y ordenar su devolución al Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 3.

2°. *Mandar* que se registre y se notifique —con habilitación de día y hora— al amparista, a la Legislatura y al señor fiscal general adjunto, y se cumpla.

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

CXXXII

“BANCO MACRO BANSUD S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: ‘BANCO BANSUD GRUPO MACRO C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES’”

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Valoración de la prueba. Arbitrariedad de sentencia. Invocación genérica de garantías constitucionales. Banco. Deber de informar a los consumidores la tasa de financiación aplicada al sistema de tarjeta de crédito. Graduación de la sanción de multa. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho común

Expte. nº 4512/05 - 19/7/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mediante la disposición 4752-DGDYPC/03, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires impuso una multa de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) al Banco Bansud Grupo Macro S.A., y la obligación de publicar dicha sanción en el diario *La Nación*, por considerar que dicha entidad infringió el art. 4º de la ley 24.240, al no informar a los consumidores en forma fehaciente la tasa de financiación aplicada al sistema de Tarjeta de Crédito, lo que fuera constatado mediante el acta de infracción nº 133, labrada con fecha 11 de marzo de 2003 en la sucursal de Rivadavia 11.178 (fs. 28/29).

2. El Banco Bansud Grupo Macro S.A. interpuso el pertinente recurso de apelación contra dicha disposición administrativa (fs. 18/24), que fue rechazado por la sentencia dictada con fecha 31 de mayo de 2005 por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 14/17).

3. Ante dicha decisión, el citado Banco interpuso recurso de inconstitucionalidad agravándose por la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento objetado (fs. 2/12), que fue declarado inadmisibile por la Cámara por considerar que no se hallaba configurado un verdadero caso constitucional (fs. 1).

4. El banco Bansud Grupo Macro S.A. planteó el recurso de queja ante este Tribunal (fs. 36/48).

5. El fiscal general adjunto entendió, en su dictamen, que la queja debe ser desestimada (fs. 57/59).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.). Sin embargo, el mismo no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que la actora no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional (conf. el Tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74, Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”, expte. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. En efecto, tanto en los recursos de inconstitucionalidad como en la subsiguiente queja, el recurrente fundamenta la tacha de arbitrariedad —que le ocasionaría una violación en sus derechos a la propiedad, el debido proceso y la defensa en juicio— en los siguientes motivos:

- a) *Arbitraria valoración del acta 133*: El recurrente manifiesta que donde el acta dice que el Banco “exhibe una hoja... en la que consta una tasa nominal anual (60 %) no existiendo la tasa efectiva mensual (TEM) y se verifica el tamaño de la letra no fácilmente perceptible y/o legible...”, la Cámara infundadamente interpreta que:
 - i) La hoja que los inspectores dicen que el Banco exhibía no estaba a la vista del público consumidor, sino que apareció recién ante la presencia de éstos y al momento de confeccionarse el acta.
 - ii) La hoja que se exhibía no acredita que los consumidores hayan estado informados.

La recurrente sostiene que nada de esto surge del acta, y que lo realmente cierto es que el Banco exhibía al público esta hoja con la TNA en una cartelera, y es por ello que los inspectores dicen expresamente que el Banco “exhibe” la hoja con la TNA.

- b) *Modificación de la imputación que originariamente se realizó contra el Banco*: El recurrente afirma que, conforme lo que surge del acta 133, lo que se le imputaba al Banco era la falta de publicación de la TEM (Tasa Efectiva Mensual), pues se dejó expresa constancia que sí se exhibía una hoja con la TNA (Tasa Nominal Anual), y la entidad realizó su descargo dirigido a refutar dicha imputación. Sin embargo, al momento de dictar sentencia la Cámara habría modificado su imputación, y con ello el objeto mismo del sumario de carácter infraccional, al sostener que el Banco tampoco exhibía la

hoja con la TNA, que esta hoja sólo apareció al momento de confeccionarse el acta.

- c) *Inexistencia de infracción*: El recurrente dice que el art. 16 de la ley 25.065 obliga al Banco a exhibir al público la tasa de financiación aplicada al sistema de tarjeta de crédito, y ello fue cumplido con la exhibición de la tasa nominal anual, hecho constatado por el acta n° 133, por lo que no existió ni existe infracción.

Como podemos apreciar, estos argumentos planteados por el recurrente constituyen una mera discrepancia con la valoración que la Cámara realizó de la prueba obrante en autos, más precisamente el acta n° 133 en que se fundó la sanción administrativa cuestionada. Y es doctrina reiterada de este Tribunal que la valoración de las pruebas obrantes en una causa judicial debe ser realizada por los jueces ordinarios, y que ello no constituye el caso constitucional previsto en el art. 27 de la ley 402 como requisito de acceso a esta instancia extraordinaria.

4. La insuficiencia señalada no puede ser sorteada por medio de la invocación de arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que en el caso se trata de una apreciación puramente genérica de la recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado sin fundamentación suficiente.

Los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja expresan una mera discrepancia con la interpretación razonable y fundada efectuada por la Cámara sobre la situación fáctica del caso, las pruebas obrantes en autos, y la aplicación de normas infraconstitucionales —más precisamente, las leyes 24.240 y 25.065.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., en: “Federación Argentina de Box c/GCBA 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).

Y en el presente caso la Cámara valoró todas las manifestaciones contenidas en el acta n° 133 en forma conjunta y armónica, contrariamente a la interpretación propuesta por el recurrente, quien se detiene en el análisis de un extracto específico del acta —las observaciones de los inspectores— pero omite merituarla en su totalidad, incluyendo el formulario preimpreso.

Es decir, de la parte preimpresa del acta 133 surge con absoluta claridad que “...la entidad bancaria... viola el art. 16 de la ley 25.065 al no exhibir al público la tasa de financiación aplicada al sistema de Tarjeta de Crédito, lo que constituye, por la integración normativa dispuesta en el art. 3 de la ley 24.240, una presunta infracción al art. 4° de la misma ley relativo al deber de informa-

ción que tienen todos aquellos que presten servicios...” (véase fs. 26). Ello es valorado por la Cámara en el apartado 7° de su sentencia, pero no ocurre lo mismo con el recurrente, quien realiza una interpretación parcial del acta al enfocarse exclusivamente en las observaciones detalladas por los inspectores.

Ello permite afirmar que existen dos valoraciones distintas de la misma prueba documental —acta n° 133—, y la realizada por la Cámara emerge como armónica, fundada y razonable, contrariamente a la visión parcial y forzada del recurrente.

5. En conclusión, la actora no logra conectar el agravio concreto 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).

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica, la violación de los derechos de propiedad y defensa en juicio en la que habría incurrido la Cámara al dictar un fallo arbitrario en cuanto a la valoración de los hechos y pruebas, y la aplicación de derecho infraconstitucional, pero sin exponer —en un argumento formalmente adecuado— un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

Cabe recordar que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

Por todo ello, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la actora.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, y a los fundamentos que en sentido concordante expresa el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 57/59).

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja deducido.

2. Agrego, en lo que a mi respecta, en un aspecto secundario del pronunciamiento, que la actora cuestiona el monto de la multa impuesta y solici-

ta su disminución al mínimo previsto en la norma (punto II.5 de la queja y del recurso de inconstitucionalidad).

Sostiene que ni la Cámara ni la Administración han merituado las condiciones fácticas y jurídicas del caso y que, por ello, han arribado a una sanción desproporcionada (fs. 45 vta.).

La disposición que impone la sanción (nº 4752-DGDYPC/03) para la graduación del monto de la multa tuvo en cuenta “el incumplimiento constatado, la potencialidad de consumidores que pudieron resultar engañados por la conducta descripta y el estado de reincidencia del encausado” (véase copia obrante a fs. 28).

En este punto, corresponde recordar que nuestro Tribunal cintero, en posición que comparto, ha sostenido que “la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración (doctrina de *Fallos*, 313:153 entre otros). En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley” (*in re*: “Iván N. Demchenko v. Prefectura Naval Argentina —DPSJ 3/96”, sentencia del 24/11/1998, *Fallos*, 321:3103).

Sin embargo, en este caso concreto, tampoco los pretendidos agravios constitucionales que por este motivo se levantan contra la sentencia atacada pueden ser atendidos. Ello así, toda vez que la Cámara, más allá de su acierto o desacierto, respondió de manera expresa y fundada en el punto 8 de su decisorio los argumentos expuestos en el recurso de apelación deducido —defensas vinculadas básicamente con la inexistencia de la infracción enrostrada porque no se había omitido publicar algún dato susceptible de engañar a los clientes, con la buena fe de la entidad y con la alegada omisión de la autoridad de aplicación en tanto no ponderó el hecho de que el Banco no era reincidente (conf. copia del recurso obrante a fs. 18/24 vta.).

La recurrente, a continuación, no se hace cargo debidamente de los fundamentos brindados en el citado punto 8 de la sentencia de Cámara —p. ej., en punto a la cuestión de la reincidencia.

Por lo demás, existen otros argumentos sobre el tema que recién son introducidos en el recurso de inconstitucionalidad (y se mantienen en la queja). Es claro que ellos no pueden ser valorados en esta instancia excepcional, pues al no haber sido propuestos oportunamente —el Banco no ofreció descargo en sede administrativa (véase fs. 25 vta.) y tampoco hizo mención del los mismos en el recurso de apelación—, no han podido ser evaluados por los jueces de la causa —me refiero concretamente a la defensa que se orienta a poner de resalto la poca incidencia que respecto de los clientes tendría la falta de publicación de las tasas aplicables al sistema de tarjetas de crédito en la

sede del Banco, dado que la propia entidad brinda esa información mediante los resúmenes mensuales que les envía (véase recurso de queja a fs. 45 y recurso de inconstitucionalidad a fs. 8 vta.).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Resulta palmario que el recurrente centra todo el recurso en la alegación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, cuestiones ajenas a la competencia del Tribunal, según lo expresa el mismo voto de la señora jueza de trámite. Así, se intenta tornar plausible la idea de que el tribunal de mérito de segunda instancia ha interpretado *arbitrariamente* las constancias de la causa, argumento que también prosigue en el capítulo de queja por la indeterminación del comportamiento sancionado, para desembocar en una *interpretación arbitraria* de un acta de constatación, afirmar la inexistencia de la infracción imputada y culminar con una interpretación de la ley común (infraconstitucional) favorable a su mandante. Más allá del error o del acierto de la sentencia confirmatoria dictada por la Cámara como tribunal de mérito, lo cierto es que ninguno de estos argumentos posee base constitucional, por más que el recurrente cite diversos derechos constitucionales que no vincula específicamente con el caso concreto, sino a través de la reglamentación de la interpretación de la ley infraconstitucional cuyo texto él mismo considera conforme a la Constitución.

2. Como ya lo tengo dicho en otras sentencias, la palabra *arbitrariedad* ni siquiera es utilizada en el sentido técnico que pretende habilitar la CSJN (sentencia infundada o su equivalente por estar motivada irracionalmente, dicho de manera general) y sólo designa a la palabra *agravio*, esto es, a la acción de disentir con la sentencia recurrida (conf. mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792/05, resolución del 29/6/2005). Esta aplicación del vocablo, aun por fuera de mi posición absolutamente restrictiva del motivo (véase mi voto *in re* “Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 4143/05, “Sound Garaje S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 4229/05. sentencia del 10/5/2006; entre muchas otras causas), no surte, con evidencia, la competencia del Tribunal conforme al arts. 27 y conc. de la local 402.

3. Por lo demás, quiero advertir que el recurrente ha tolerado la competencia de los tribunales de mérito para interpretar ciertas leyes cuya ubicación dentro del derecho federal o fuera de él es, por lo menos, discutible, y, con ello, ha tolerado la competencia de los tribunales de la Ciudad. No corresponde que esta cuestión, que no integra el pleito, sea decidida aquí.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 36/48.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La Cámara no admite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Banco Macro Bansud porque, según afirma fs. 1/vta., el recurrente no logró plantear un caso constitucional al defender una interpretación de ciertas normas del derecho común y una valoración de hechos y pruebas de la causa que difieren de las sostenidas por la Cámara en la sentencia de fs. 14/7.

En el marco del auto denegatorio, el quejoso sólo pudo intentar una crítica aceptable de esa decisión volviendo, como lo hace, a los argumentos del recurso de inconstitucionalidad. Dicho en otros términos, en tanto el *a quo* se interna en el campo de la fundabilidad del recurso de inconstitucionalidad excediendo el control de admisibilidad que le compete, la queja tal como ha sido planteada se torna procedente.

2. Por las circunstancias expuestas corresponde tratar los agravios de Banco Macro Bansud expuestos a fs. 2/12.

Ahora bien, la invocación reiterada de la violación al derecho de propiedad, de defensa y al debido proceso no alcanzan para sustentar una cuestión constitucional pertinente ni para acreditar la arbitrariedad de la sentencia de Cámara de fs. 14/7.

Coincido por ello con el análisis que realiza la señora jueza de trámite en los apartados 3, 4 y 5 de su voto, aunque no comparto la solución que propone. A partir de los mismos fundamentos que contiene el voto de mi colega en los apartados indicados, entiendo que debe ser rechazado el recurso de inconstitucionalidad e imponerse las costas al recurrente. Así voto.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 36/48.

2º. *Dar por perdido* el depósito oportunamente integrado, en los términos del art. 35, ley 402.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remita a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

CXXXIII

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘DELTA CORNER S.A. C/GCBA (DGR)
S/RECURSO DE APELACIÓN JUDICIAL C/DECISIONES DE DGR”

SUBSANACIÓN DE ERROR MATERIAL DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

Expte. n° 1653/02 - 19/7/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

La demandada solicitó a fs. 498 de los autos principales que se subsane el error material de la parte dispositiva de la resolución de fs. 57/66 (cuya copia fue agregada a fs. 486/495, del expediente principal), referido al número de la resolución administrativa impugnada.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La lectura de la sentencia y sus antecedentes da suficiente cuenta que el acto administrativo de la Dirección General de Rentas que motivó la impugnación de la actora es la resol. 4174-DGR/99 (véase puntos 1 y 4 de las “resultas” y punto 9 de mi voto).

De tal manera, en el punto 2° de la parte resolutive de la decisión de fs. 57/66 existe un error material al identificarse la resolución con el n° 4536-DGR/99 y no, como correspondía, con el n° 4174-DGR/99.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 149, inc. 1°, segunda disposición, se debe aclarar la parte resolutive de la sentencia en el sentido indicado.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JULIO B. J. MAIER dijeron:

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

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

En tanto la aclaratoria requerida por el GCBA no es un supuesto evidente del art. 149, CCaYT, con carácter previo a resolver, córrase traslado a la parte actora por el término de cinco días. Notifíquese por Secretaría General, con copia de fs. 498 (art. 4º, ley 402). Así voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aclarar* que el punto 2º de la parte dispositiva de la sentencia de fs. 57/66 el que queda redactado como sigue: “*Revocar* la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario en cuanto declara la nulidad absoluta del art. 4º de la resol. 4174-DGR/99 —y, por lo tanto, de la notificación cursada al contribuyente— y ordena el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 3º de la resol. gral. 62/95”.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue esta queja al expediente principal y se remita a la Sala que intervino en el proceso.

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

CXXXIV

“BULLORINI, JORGE LUIS Y OTRO C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4587/06, “CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO”

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Caso constitucional. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Escalafón. Remuneración. Escala salarial. Autonomía local. Presupuesto. Arbitrariedad de sentencia

Expte. nº 4592/06 - 19/7/2006

VISTO:

El expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Jorge Luis Bullorini y Juan Manuel Converset, funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, iniciaron una acción de amparo para que se cumpla con la escala establecida en la resol. 37-CM/99, en particular con relación al aumento de haberes dispuesta por el Consejo de la Magistratura de la Nación mediante resol. 471/04 (fs. 1/5). Denuncian la existencia de otro proceso en el que reclaman el pago del incremento dispuesto a partir del 1/5/03 por el Consejo de la Magistratura de la Nación mediante resol. 195/03 (fs. 2 y vta.).

La jueza de primera hizo lugar al amparo y condenó a abonar a los actores el incremento salarial solicitado en la demanda (punto 2, fs. 129 vta.; y aclaratoria de fs. 133).

2. La sentencia fue apelada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 135/152 vta.). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo recurrido (fs. 209/210).

3. El Consejo de la Magistratura planteó contra la sentencia de Cámara el recurso de inconstitucionalidad (fs. 213/239 vta.) que, previo traslado a los actores que no fue contestado, fue concedido parcialmente por la Sala I, y denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 245/246).

La parte demandada interpuso recurso de queja contra la denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad (fs. 317/336).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propicia que se rechacen la queja y el recurso de inconstitucionalidad (fs. 341/343 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. La Sala interviniente dispuso la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el caso es “substancialmente análogo” (punto II, fs. 245) al decidido por el Tribunal el día 28 de septiembre de 2005, en los autos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Anganuzzi, Mario Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3926/05.

2. Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa —en la que, por mayoría, se hizo lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura y se rechaza-

zó el amparo— y, entre otros, en los casos “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘García, Hernán y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art. 14, CCBA)’” expte. n° 4024/05; “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farrell, Martín Diego y otros c/Consejo de la Magistratura y otros s/amparo (art.14, CCBA)’”, expte. n° 4060/05.

Los argumentos de quienes entonces votamos en minoría por rechazar la queja —jueces José O. Casás y Ana María Conde— son directamente aplicables ahora para no hacer lugar a la queja y para que consideremos que el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por la alzada.

3. Con la salvedad indicada, 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.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por los actores. Sin costas.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 28 de septiembre de 2005, dictada por el Tribunal en los autos mencionados en el punto 1 de los fundamentos.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 2 y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

En el mismo sentido se resolvió en las causas 4659/06, “Lado, Marta Susana c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4658/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lado, Marta Susana c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)’”; 4688/06, “Cayzac, Sebastián y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4632/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconsti-

tucionalidad denegado, en: ‘Cayzac, Sebastián y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)’”; 4650/06, “Arévalo Fouirne, Mirta Elena y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”; 4697/06, “Moya, Norma del Valle c/Consejo de la Magistratura s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4680/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Moya, Norma del Valle c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)’”; 4608/06, “Picasso, Sebastián y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”; 4653/06, “King, Lucas Javier c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4631/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘King, Lucas Javier c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)’”; 4660/06, “Sas, Norma Beatriz y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4657/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Sas, Norma Beatriz y otros c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)’”; 4593/06, “Converset, Juan Manuel y otro c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, y su acumulado expte. n° 4588/06, “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”; y 4609/06, “Valletta, Emiliano Alberto c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 19/7/2006.

CXXXV

“IBARRA, ANÍBAL S/QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA,
EN: ‘IBARRA, ANÍBAL S/JUICIO POLÍTICO’”

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA:

**Jefe de GCBA. Destitución. Excusación del presidente
del Tribunal Superior de Justicia por presidir el proceso de juicio político**

Expte. n° 4824/06 - 19/7/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 2/5 el Dr. Aníbal Ibarra interpone recurso de queja por retardo de justicia en los términos del art. 127 del Código Procesal Penal de la Nación. Lo funda en la demora de la Sala Juzgadora de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en resolver el recurso de inconstitucionalidad que, con fecha 27/3/2006, interpuso el peticionario contra la resolución de destitución de su cargo de jefe de Gobierno, que dictó la Sala de mención.

2. A fs. 8 el presidente del Tribunal, Dr. Julio B. J. Maier, manifiesta su voluntad de apartarse “del conocimiento de toda pretensión que se vincule a la sentencia dictada por la Sala Juzgadora que operó en el juicio político del Sr. Aníbal Ibarra, jefe de Gobierno en ese entonces, juicio que finalizó hace ya unos cuantos meses y que presidí desde su formación... hasta su definición en la sentencia”. Agrega que: “No corresponde que quien presidió como juez un juicio, opere también en el recurso contra su sentencia o en trámites que, como éste, están vinculados estrechamente a él (*imparcialidad judicial*)”.

FUNDAMENTOS:

1. Las razones enunciadas por el señor presidente del Tribunal, juez Julio B. J. Maier, denotan una extrema sensibilidad que permite su encuadre dentro de la causal de delicadeza que prevé el art. 23, *in fine*, CCaYT, aplicable en la especie en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

2. En virtud de lo expuesto corresponde hacer lugar a la excusación solicitada.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación del Dr. Julio B. J. Maier para intervenir en toda actuación que se vincule a la resolución dictada por la Sala Juzgadora de la Legislatura que destituyó al Sr. Aníbal Ibarra de su cargo de jefe de Gobierno.

2º. *Integrar* el Tribunal de la manera prevista en el art. 24, inc. 1º, ley 7.

3º. *Mandar* que se registre, se cumpla, se notifique al presentante y al juez designado.

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

CXXXVI

“LEMES, MAURO ISMAEL S/INF. ART. 189 BIS, C.P.
—APELACIÓN— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
CONCEDIDO”, Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4602/05,
“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘LEMES, MAURO ISMAEL S/INFRACCIÓN
ART. 189 BIS, C.P. —APELACIÓN”

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido. Nulidad de la detención. Razonabilidad del accionar policial. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia de condena. Derecho al recurso. Garantía de la doble instancia. Interpretación de normas de derecho procesal local. Declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo del C.P. Cuestión federal. Interposición del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 474 del CPPN por aplicación supletoria frente a la limitación recursiva del fiscal en el procedimiento contravencional local. Competencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas. Sentencia definitiva del tribunal superior de la causa. Principio acusatorio. Legitimación del Ministerio Público Fiscal. Prohibición de *reformatio in peius*. Principio de división de poderes. Principio de igualdad en la aplicación de la ley. Supremacía constitucional. Constitucionalidad del agravante para quien registre antecedentes penales por delito doloso o contra las personas o con el uso de armas. Principio de *ne bis in idem*. Ponderación de la anterior condena en caso de reincidencia. Principio de culpabilidad. Derecho penal de autor y derecho penal de acto. Proporcionalidad de la pena. Constitucionalidad de la declaración de reincidencia. Imposibilidad de acceder al beneficio de la libertad condicional. Razonabilidad y presunción de legitimidad de la ley. Política criminal. Pago del depósito para deducir recurso de queja por el defensor oficial

Expte. nº 4603/05 - 19/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El defensor de Mauro Ismael Lemes interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 670/688vta.) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de fecha 17/11/2005 (fs. 631/667 vta.) en cuanto resolvió: “I) *Confirmar* el punto I de la sentencia dictada por el juez de primera instancia, obrante a fs. 390/410, en cuanto no hace

lugar al planteo de nulidad de la detención de Mauro Ismael Lemes, solicitado por la defensa. II) *Revocar* el punto VI de la sentencia recurrida, en cuanto declara la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), último párrafo del Código Penal (texto según ley 25.886). III) *Confirmar* el punto II de la sentencia apelada, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes, [...] modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes dolosos contra las personas y por el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta, que se fija en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3º, 45, 189 bis [2], último párrafo, del C.P. —texto según ley 25.886— y 530, 531 y 533 del CPPN). IV) *Confirmar* el punto III de la sentencia recurrida, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la dictada precedentemente y de la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, dictada el 7/6/2002 por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de esta ciudad en las causas 1369 y 1435, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, impuesta en esa causa y de la sanción de un año de prisión en suspenso —cuya condicionalidad se revocara— impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 de esta ciudad, en la causa 1148, el 5/6/2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29, inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166, inc. 2º, y 189 bis [2], último párrafo, del C.P.). V) *Confirmar* el punto IV de la sentencia recurrida, en cuanto revoca la libertad condicional concedida a Mauro Ismael Lemes el 23 de junio de 2004 por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2, en el legajo de ejecución n° 6487 que corre por cuerda (art. 15, C.P.). VI) *Confirmar* el punto V de la sentencia apelada, en cuanto declara reincidente a Mauro Ismael Lemes (art. 50, C.P.) [...]”.

2. Los agravios planteados por la defensa en el recurso de inconstitucionalidad son, resumidamente, los siguientes:

- a) nulidad de la detención de Lemes, puesto que, según alega la defensa, no se presentaban en el caso los “indicios vehementes de culpabilidad” exigidos por el art. 284, inc. 3º, CPPN para validar una detención sin orden judicial;
- b) ilegal apertura del recurso fiscal, que conllevaría a la afectación de los principios constitucionales de legalidad —ya que a pesar de que el art. 61, L.P.C. no le concede recurso (de apelación) al fiscal en caso de sentencia condenatoria, la Cámara se lo concedió por aplicación analógica del art. 474, CPPN (recurso de inconstitucionalidad)—, imparcialidad y acusatorio —ya que la Cámara fundó su decisión sobre la base de fundamentos no invocados por el fiscal en su recur-

so de apelación—, y, finalmente, derecho al recurso y *non bis in idem* —ya que estas garantías vedan la concesión al fiscal de solicitar la revisión *in peius* de la sentencia de condena recaída en primera instancia;

- c) la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), último párrafo, del C.P., porque lesionaría el principio *ne bis in idem* y el principio de culpabilidad en dos derivados esenciales: el principio de proporcionalidad y su manifestación en un derecho penal de autor;
- d) la inconstitucionalidad del régimen de reincidencia (art. 50, C.P.) y, en subsidio, la inaplicabilidad de la reincidencia al caso, por no haber cumplido su defendido en detención como condenado los dos tercios de la condena.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en lo atinente a los agravios vinculados a la apertura del recurso del fiscal contra la sentencia de primera instancia, y la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), último párrafo, del C.P. (fs. 696/699).

4. Contra la decisión que declaró parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad, la defensa interpuso recurso de queja respecto de los agravios denegados (fs. 870/883 vta.).

En la queja, el defensor solicitó al Tribunal que se declarara inexigible el depósito dispuesto por el art. 34, ley 402, conforme al criterio expuesto en los exptes. n° 4242/05 (“Ortega”) y n° 3996/05 (“Ronchetti”), sin perjuicio de lo cual acompañó copia del escrito en el que promovió incidente de beneficio de litigar sin gastos ante el Juzgado en lo Contravencional y de Faltas N° 6. Posteriormente, con fecha 05/04/06 se recibió en el TSJ el incidente de beneficio de litigar sin gastos donde, a fs. 20/21, consta la resolución en virtud de la cual se concedió dicho beneficio al imputado.

5. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 890/896vta.), concluyó que el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido debía ser declarado admisible por existir cuestión constitucional suficiente, pero que se debían rechazar los agravios invocados por la defensa y confirmar la sentencia de segunda instancia. En cuanto al recurso de queja, el fiscal estimó que no podía ser admitido por no existir un caso constitucional real.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido fueron interpuestos en tiempo y forma (art. 27, ley 402), por lo que

corresponde analizar la procedencia y admisibilidad de los agravios expresados en ellos.

2. Nulidad de la detención

Corresponde rechazar la queja en relación al planteo de nulidad de la detención del recurrente. Aunque la circunstancia de que el agravio remita a la consideración de los hechos de la causa no obsta a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad cuando esos hechos se encuentran “de tal modo ligados al planteo constitucional que resulta imposible su solución sin atender a ellas” —*Fallos*, 308:733, consid. 3º, y 310:1847, consid. 9º; en sentido concordante, YMAZ, Esteban, y REY, Ricardo E.: *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 85, sostienen que “en casos excepcionales en que las cuestiones de hecho tienen dependencia y conexión tan estrechas con los puntos de derecho federal materia del pleito, que no sea posible decidir las por separado, la Corte Suprema puede apartarse de la regla expuesta (*Fallos*, 189:170)” —, el agravio no presenta razones con entidad suficiente para rebatir o conmover los sólidos fundamentos desarrollados a este respecto por el *a quo* —véase fs. 634 vta./637 (voto del juez Vázquez), y fs. 649 vta./651 vta. (voto de la jueza Marum)— razón por la cual la queja no puede prosperar respecto de este agravio. En tales condiciones, el recurso de inconstitucionalidad, a este respecto, no cumple con la exigencia del art. 28 de la ley 402, por lo que no cabe habilitar esta instancia a fin de examinarlo.

3. Ilegalidad de la apertura del recurso fiscal

3.1. El agravio relativo a que fue ilegal abrir el recurso de apelación fiscal contra la sentencia condenatoria de primera instancia está desarrollado desde diversos enfoques, a saber: *i)* el *a quo* habría interpretado incorrectamente el art. 61 L.P.C., al aplicar supletoriamente el art. 474 CPPN, y *ii)* dicha interpretación, violaría la prohibición de *non bis in idem* y el derecho al recurso o doble instancia —que funda en los arts. 75, inc. 22, C.N., 8.2.h, CADH, 14.5, PDCP, y 13.3, CCBA—, el principio de legalidad, principio acusatorio e imparcialidad.

3.2. En lo que hace a la interpretación del art. 61, L.P.C., el recurso de inconstitucionalidad es inadmisibile. Cabe señalar, en un comienzo, que el apelante soslaya el eje del razonamiento de la Cámara: la ley 48. El fallo impugnado no viene a sentar una interpretación de los arts. 61, L.P.C. y 474 del CPPN para todas las ocasiones, sino tan sólo para aquellas en que la legislación federal, la referida ley 48, organiza el recurso extraordinario a fin de obtener un pronunciamiento de un tribunal federal, en el caso la CSJN, para una cuestión de las previstas en el art. 116, C.N., originariamente atendida por jueces locales. En este marco, la Cámara ha interpretado las normas locales a fin de establecer cuál es el mecanismo para arribar a la decisión definitiva del superior tribunal de la causa. Dicho de otro modo, ha establecido cuál

es la vía de agotamiento de recursos locales. En estas condiciones, la aplicación de la idea de jerarquía en el ordenamiento de los tribunales, a que apela el precedente “Di Mascio” (*Fallos*, 311:2478), le sirvió a la Cámara de apoyo a su conclusión según la cual le asiste la competencia para tratar el cuestionamiento del fiscal. Basta esta omisión de enfrentar plenamente la reflexión del *a quo* para declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad a este respecto. Me parece conveniente, empero, hacer algunos señalamientos acerca de la argumentación del recurso de inconstitucionalidad, a fin de mostrar que es inadmisibles aun sorteando el defecto general apuntado.

En efecto, este agravio —interpretar incorrectamente el art. 61, L.P.C., al aplicar supletoriamente el art. 474, CPPN— tampoco puede ser tratado en esta instancia dado que las cuestiones relativas a la interpretación de normas de forma o procedimiento no integran por sí el contenido de una sentencia definitiva, pues no versan acerca de la controversia que se busca dirimir como materia del proceso, sino sobre el curso mediante el cual se llega a que el órgano judicial emita su decisión. Por ende, dichas cuestiones son ajenas al conocimiento de este Tribunal en el marco de un recurso de inconstitucionalidad. La CSJN ha sentado la doctrina según la cual la interpretación de normas de procedimiento no habilita un recurso extraordinario, aun cuando sean federales, “porque se refieren al ordenamiento de los juicios, que no afecta el fondo de las instituciones fundamentales que ese recurso extraordinario se propone salvaguardar” (*Fallos*, 95:133; y 134; 99:158; 104:284; 105:183; 115:11; 177:99). En *Fallos*, 192:104, en sentido concordante, sostuvo que “esta Corte tiene resuelto que no puede traerse a su decisión por la vía del recurso extraordinario... cuestiones procesales, ni aun cuando la ley que rija el procedimiento revista carácter federal, porque la interpretación de tales leyes no afecta el art. 31, C.N.” (véase YMAZ-REY: ob. cit., p. 108). Respecto de esta línea jurisprudencial, y su explicación a partir del concepto de “sentencia definitiva”, indica Enrique García Merou que, toda vez que “no hay disposición legal alguna que excluya de la jurisdicción de la corte las leyes de procedimientos [...] [n]o hay, pues más motivo fundado para rehusar el recurso, contra los autos que aplican esas leyes, que el de no tratarse de sentencias definitivas” (*El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1915, p. 202). *Mutatis mutandis* estas razones impiden, como principio, revisar la aplicación de normas procesales locales en el marco del recurso de inconstitucionalidad, aun cuando estén reunidos otros requisitos de ese remedio procesal, puesto que conforme la ley 402, aquél sólo procede contra sentencias definitivas.

3.3. Aun cuando consideráramos que el contenido constitucional de los agravios justifica hacer excepción a esa regla, conforme la doctrina de *Fallos*, 244:203, 235 y 425; 245:216, 311 y 467, el resultado no sería distinto, según explicaré a continuación.

El recurrente intenta apoyar en el derecho al recurso o doble instancia, que le reconocen los arts. 8.2.h, CADH, 14.5, PDCP, y 13.3, CCBA, y en el *non bis in idem*, la prohibición de otorgar al Ministerio Público Fiscal una apelación contra la sentencia de primera instancia. Si su planteo consiste en la tacha de inconstitucionalidad del art. 61, L.P.C. o del 474 del CPPN o de cualquier norma procesal que admita el recurso del fiscal contra la decisión que no recoge sus pretensiones o no lo hace plenamente, viene defectuosamente introducido, puesto que debió serlo ante la Cámara *a quo*, a fin de posibilitar que dicho tribunal pudiera expedirse acerca de esa cuestión. Ello es así, puesto que, una vez articulado el recurso por el fiscal, era evento previsible para la defensa tanto el acogimiento como el rechazo de dicha pretensión (*Fallos*, 278:35), y el *a quo*, quien tiene la potestad para decidir si le fue planteado (*Fallos*, 226:10), no lo tuvo por hecho (véase fs. 634 y 661), pues no se expidió sobre la cuestión; y la referencia genérica del recurrente respecto a otros escritos “en ejercicio de mi ministerio” (fs. 438), aparentemente en otras causas, unida a una invocación acerca de cómo debe interpretarse el art. 61, L.P.C., no convierte en arbitraria esa decisión. Asimismo, no se hace cargo, según lo anuncié, de la circunstancia de que la ley 48, según la doctrina del precedente “Di Mascio”, es la que preside la solución cuestionada. Consecuentemente, no cabe traer el punto a esta instancia.

Por lo demás, no existe en la presentación *sub examine* una demostración de que el derecho del condenado al recurso importe un impedimento al del fiscal, si no se presupone un alcance del *non bis in idem* que sostenga que cualquier revisión de una sentencia importa un nuevo riesgo incompatible con la referida garantía. Ahora bien, esta idea carece de apoyo en los textos vigentes o en doctrina acerca de ellos. En líneas generales, la interpretación más amplia formulada por jueces asume que toca al imputado soportar un proceso completo —no más de uno— sin que medien en él agravamientos injustificados del riesgo de ser condenado. Pero, nada empece a que ese proceso contenga más de una instancia en la que pueda el acusador obtener condena (al respecto, remito a mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero Montero, María Nela s/frac. art. 71 —apelación’”, expte. n° 3739, resolución del 9/3/2005). Frente a ello, el recurrente no suministra razones que justifiquen un examen mayor de su cuestionamiento.

En cuanto a la alegada violación de los principios acusatorio y de imparcialidad, los agravios no muestran su relación directa con lo resuelto en autos. Más allá de los esfuerzos argumentativos realizados por la recurrente, no veo en la especie más que una cuestión relativa al *nomen iuris* del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, que en modo alguno ha afectado las posibilidades defensivas del recurrente.

Finalmente, aún suponiendo que el principio de legalidad alcanza las normas de procedimiento, su invocación no pasa de ser una mera discrepan-

cia con la interpretación de las normas procesales aplicables, realizada por el *a quo* y no rebatida adecuadamente por el apelante, según indiqué más arriba.

4. Inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P.

4.1. La defensa sostiene que la circunstancia agravante prevista por el art 189 bis, 2, último párrafo, del C.P. para “el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas” vulnera las garantías conocidas como *non bis in idem* y principio de culpabilidad, en este último caso, tanto por constituir una manifestación del derecho penal de autor, como por llevar a una desproporción de la sanción respecto de la conducta típica (fs. 679).

4.2. En la tesis del defensor, el *non bis in idem* “debe contemplar la prohibición de que el delito anterior, ya juzgado, tenga influencia respecto del rigor de la pena por el nuevo delito” (conf. fs. 681) puesto que, de lo contrario, se estaría castigando por segunda vez aquella primera acción.

No obstante, esta postulación excede por mucho cualquier alcance reconocido a la garantía. En este sentido, el voto del juez Vázquez repasa la exigencia de las tres identidades básicas —persona, objeto y causa— para señalar que no quedan reunidas en tanto no existe una nueva persecución por el mismo hecho (fs. 646/646 vta.). Dicho en otros términos, el Estado no es el desencadenante independiente del proceso actual, sino que el procesado estuvo en situación de decidir entre cometer el nuevo delito, arriesgando así la mayor sanción, o abstenerse, en cuyo caso la pena anterior no habría dado lugar a consecuencia alguna.

Este fundamento armoniza con la doctrina de la CSJN con arreglo a la cual “...el principio *non bis in idem*, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal—, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (véase en sentido concordante ‘Pace v. Alabama’, 106 US 583, ‘Leeper v. Texas’, 139 US 462 y ‘Moore v. Missouri’, 159 US 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V.172.XXI. ‘Valdez, Enrique Carmelo y otra s/robo con armas y encubrimiento’, del 21/4/1988)” (*Fallos*, 311:1451, consid. 7°). Aquí se puede observar, una vez más, que nuestra Corte opta por la comprensión de la garantía en el sentido norteamericano (al respecto conf. mi voto, en especial puntos 4 y ss., en “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero, María Nela s/inf. art. 71 —apelación’”, expte. n° 3739, resolución del 9/3/2005). Ello así, al menos respecto del contenido consistente en prohibir el agravamiento del riesgo (véase lo expresado en el consid. 3.4); no obstante, vale destacar que dicha opción, no alcanza en nuestro medio la comprensión norteamericana de la garantía según la cual ésta

reza respecto del Estado que ha promovido una persecución penal, pero no frente a otros estados, cuya potestad de procesar no se vería afectada por aquellas persecuciones a las que fue ajeno. Esto es, obviamente, muy significativo en un país federal como el nuestro.

Igual solución corresponde en la concepción europeo-continental de la garantía. Según señala como catedrático mi colega Julio B. J. Maier "...la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho [...] de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente..." (conf. *Derecho procesal penal*, t. I, p. 643). Asimismo, señala Eberhard Schmidt que lo determinado por el principio *non bis in idem* es "que el objeto litigioso resuelto por la sentencia formalmente firme no puede ser objeto de litigio en un nuevo proceso y en una nueva sentencia" (conf. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 160), supuesto que difiere de aquel de autos, en el que el legislador tomó en cuenta como circunstancia agravante la existencia de anteriores condenas —como dato objetivo y formal— para el caso de que el individuo incurra en un nuevo delito. Forzoso es destacar que en este último supuesto el sujeto realiza una nueva acción de modo voluntario, pudiendo, naturalmente, evitar hacerlo. En definitiva, lo que interesa desde el ángulo de protección de la libertad es que el agravante no puede operar sin una acción posterior no juzgada al tiempo en que lo fue la que se adopta como causa para agravar la pena.

Vale señalar que, por lo mismo, no es menester que la ley que escoge la referida circunstancia como agravante sea anterior al primer hecho sino al segundo. En este orden de ideas, vale notar que ello fue destacado por el juez Vázquez, y el recurrente no controvierte ante estos estrados esa argumentación, no obstante haber observado en su memorial ante la Cámara (fs. 610 vta.) que los hechos que dieron origen a la primera condena fueron anteriores a la sanción de dicho artículo. Haber desistido de hacer tal planteo ante esta instancia —cuando lo había hecho ante el *a quo*— muestra la escasa convicción que le provoca su tesis.

4.3. La defensa sostiene, además, que la agravante fundada en registrar antecedentes penales lesiona el principio de culpabilidad, pues constituye, según su criterio, una manifestación de derecho penal de autor. No se agravía, en cambio, del tipo penal en sí, es decir, no tacha de inconstitucional, por configurar derecho penal de autor, a la figura penal básica ("portación de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización legal"); sino que centra

su objeción en el hecho de que las condenas que sufrió anteriormente hayan sido consideradas como una circunstancia agravante. Es esto último lo que califica como una manifestación de derecho penal de autor.

Funda este agravio en la previsión del art. 18, C.N., según la cual “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al *hecho* del proceso”; en el art. 19, C.N., que dispone que toda sanción impuesta a una persona debe provenir de una *acción* que de algún modo afecte la moral, el orden público o a terceros; y en el art. 13.9, CCBA, en cuanto establece que “se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos”. A este último respecto, cabe recordar que el texto de la CCBA sólo es aplicable respecto de las leyes sancionadas en nuestra Ciudad, pero no limita las facultades legislativas del Congreso de la Nación. Podría, en cierta medida, constituir una guía para la individualización de la pena por el juez, pero no es éste el punto levantado por la defensa. Por cierto, ello no significa que el legislador nacional pueda inspirarse en el derecho penal de autor a la hora de prohibir conductas, sino tan sólo que el alcance de las limitaciones que sobre él pesan proviene de los textos de la Constitución Nacional citados y el contenido en su art. 33.

La defensa parte del presupuesto de que en el derecho penal de acto la sanción representa *sólo la respuesta al hecho individual* y no a la peligrosidad evidenciada en hechos anteriores. A lo que agrega que el aumento de castigo a su defendido está dado, exclusivamente, por poseer condenas anteriores, es decir, *por lo que es y no por lo que hizo* (fs. 680, el resaltado me pertenece).

Esa postura puede ser alineada con la sostenida, entre nosotros, por Magariños, para quien “...si desde la perspectiva constitucional sólo se atiende al principio de culpabilidad como garantía implícita derivada del principio de legalidad, contenido en el art. 18, C.N., la única conclusión necesaria es que aquel principio se satisface con el carácter previo de la prohibición que la ley contenga; sin embargo de esa garantía no se deriva *per se*, como mandato constitucional, *el contenido y alcance legítimo de la prohibición y, por ende, de la culpabilidad*. /Entonces, sólo a través de la sistematización y del juego armónico del principio contenido en el art. 19, C.N. con las garantías contempladas en su art. 18 (*nullum crimen* y culpabilidad), puede ser correcto derivar el concepto de culpabilidad ‘por el hecho’ como garantía fundamental, pues es una consecuencia necesaria de la obligación de acuñar tipos penales que únicamente contemplen conductas, obligación impuesta al legislador por el art. 19 de la Ley Fundamental”. Asimismo, sostiene que la “reincidencia en nuestro derecho positivo representa el resabio de una época en la cual el centro de gravedad del derecho penal se deslizó del delito al ‘delincuente’ y su

condición de agravante de la sanción [...] importa la consagración de una norma penal constitutiva, que en lugar de *actuar*, castiga *ser*” (conf. MAGARIÑOS, Mario: “Reincidencia y Constitución Nacional”, en *CDyJP*, Año III, n° 7, pp. 99 y ss.).

En definitiva, para esta postura los límites de la culpabilidad estarían dados exclusivamente por el hecho cometido, por el acto ilícito en sí, por lo que fundar un mayor grado de culpabilidad del autor en consideraciones tales como la reincidencia sería inconciliable con el principio del derecho penal de acto, por resultar ajenas al acto ilícito reprochado.

4.4. No obstante, es extendida la opinión según la cual registrar antecedentes penales refleja una mayor culpabilidad del autor, circunstancia que justifica un agravamiento de la pena en tales casos. Por su parte, la CSJN se ha pronunciado en este sentido al sostener que “...la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, *lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito* [...] Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta” (*Fallos*, 311:1451, consid. 7°, párr. 2°, sin resaltar en el original). Asimismo, ha dicho el Tribunal cimero que “...el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce...” (*Fallos*, 308:1938, consid. 5°).

La agravante se funda, para esta postura, en “una *mayor culpabilidad* por el nuevo hecho, mayor culpabilidad que se expresa en el *desprecio* que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido” (GARCÍA, Luis: *Reincidencia y punibilidad*, Astrea, Buenos Aires, p. 129, resaltado en el original). Esta interpretación había sido sostenida ya, en la doctrina alemana, bajo el nombre de “teoría de la advertencia”, pues según ella la culpabilidad del segundo hecho es mayor en la medida en que el autor ya había sido advertido por una condena anterior, a pesar de lo cual cometió un nuevo delito (conf. ZIFFER, Patricia: “Reincidencia, *ne bis in idem* y prohibición de doble valoración”, en *CDyJP*, Año III, n° 7, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 108 y s.; y MAGARIÑOS: ob. cit., p. 89).

4.5. En mi opinión, un derecho penal orientado a atribuir responsabilidad por hechos no requiere excluir la valoración de *todo* dato de la historia

del autor para considerar la graduación de la pena —ni tampoco hay razones para creer que ésta sea la voluntad expresada en el art. 19 C.N.—. Así, por ejemplo, el Código Penal tiene en cuenta para agravar notablemente el homicidio el que el autor haya matado por odio racial o religioso (art. 80, inc. 4, C.P.), circunstancias ambas que, aunque deban quedar expresadas en el hecho mismo vienen determinadas por la historia del autor. Para ilustrar esta afirmación, queda claro que el racista que mata en legítima defensa no está alcanzado aunque la víctima participe de la condición que el autor odia, mientras que, cuando ese racista mata sin otro motivo explicable al miembro del grupo contra el cual va dirigido su menosprecio, su historia lo condena. Pero, aun en este supuesto lo castigado es el odio puesto en el acto, no el que abriga el autor.

Interpretados estos tipos penales conforme al derecho penal del hecho, y no al de autor, no se trata de determinar si el autor es una persona integrista o racista, ni se lo castiga por esas razones. Desde el punto de vista de un derecho penal de hecho, conforme expresa Roxin, basta con que el autor haya mostrado en su hecho concreto una actitud interna acorde a esos sentimientos o actitudes internas (conf. ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, pp. 184 y ss.). Es usual comprender la acción humana como sustentada en una motivación. Para algunos (Aristóteles o Welzel) ello queda plasmado en considerarla como acción dirigida a un fin. En otros (Freud), la “motivación” puede ser inconsciente. Pero, en última instancia, y ya sea que la “motivación” de que se trate sea susceptible de fundar consecuencias penales o no, en el modo en que recogemos la realidad en las palabras, el término “acción” incluye la motivación como parte de ella.

No obstante, no es esto lo discutido en el caso, o no lo es estrictamente. A diferencia de lo que ocurre con el régimen general de reincidencia, que no requiere conexión alguna entre el delito ya condenado y el que luego se comete, el tipo penal que aquí analizamos busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada por tener un arma ilegítimamente. Dicha situación no está determinada por el mero hecho de llevar encima un arma, sino por la capacidad efectiva de someter o dañar, que cabe inferir de las aptitudes exhibidas en el pasado, esto es, en el criterio del legislador, de los “antecedentes penales por delito *doloso contra las personas* o con el *uso de armas*”, supuesto radicalmente distinto de la reincidencia genérica, pues más que dirigido a someter la voluntad de quien muestra ser renuente al cumplimiento de la ley, constituye una base razonable para presumir eficacia en el empleo del arma. El legislador ve aquel pasado como revelador de la falta de inhibiciones al igual que de la habilidad ofensiva de quien porta el arma. Visto con esta

perspectiva, acudir a lo que hizo el autor en el pasado para establecer estas circunstancias no supone más que una manera de recoger, con la inexorable generalidad con que ello puede ser hecho a nivel legislativo, elementos de juicio para apreciar el peligro abstracto que encierra una conducta como la juzgada en el *sub lite*, a saber, la portación de un arma de fuego por parte de quien ya ha cometido robo en lugar poblado y en banda, dos robos con uso de armas en grado de tentativa, así como un robo agravado por el uso de armas (véase punto III de la sentencia de fs. 390/410). Quien decide llevar el arma queda advertido por el legislador de que, según cuál haya sido su comportamiento en el pasado, se considerará de modo diverso su capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, determinada por el uso del arma, en función de lo cual le tocará decidir si trasgrede en el presente. Si bien es posible conjeturar situaciones puntuales en las cuales el dato escogido por el legislador no sea revelador, esto es, supuestos en los cuales la fórmula del legislador fracase como método para establecer las características del hecho, nuestro mecanismo de control constitucional permitiría corregir estos desvíos de la norma suprema, sin que sea necesario apartarnos de la ley en aquellos casos en que no se presenta una falencia de la especie considerada.

Esta decisión legislativa debe ser acompañada de una cuidadosa delimitación que separe el tipo diseñado de la hipótesis de que el autor cometerá probable o inexorablemente futuros delitos. En tal caso, resultarían de aplicación las consideraciones vertidas por la CIDH *in re* “Fermín Ramírez c/Guatemala” —sentencia del 20/6/2005— en cuanto sostuvo que la incorporación de la peligrosidad como descripción de la conducta típica es contraria al “principio de legalidad” que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los *hechos* pasados y la especulación sobre conductas futuras” (consid. 38, el subrayado no está en el original). Ahora bien, toda vez que la CIDH dirigió su crítica de modo principal a las figuras de peligro, y sólo de modo accesorio a la utilización de los datos de la historia del autor para determinar la magnitud de dicha peligrosidad, no cabe ante los agravios traídos a esta instancia, que no apuntan a la figura básica de portación de armas, un examen pleno de su relación con las garantías constitucionales. Ello es especialmente así en cuanto a la proporción de la pena respecto de las previstas para otras conductas, a cuyo respecto la presente podría constituir una anticipación o acto preparatorio. El tema no ha quedado abierto al análisis por lo que diré más adelante [Nota: En relación al alcance limitado que puede otorgarse a los delitos de peligro abstracto, Jakobs ha sostenido que resulta legítima una prohibición de tal especie en la medida de que la “conducta incriminada queda excluida como posibilidad de configuración vital privada para cualquiera, con independencia de su respectivo contexto interno y, en especial, del contexto de sus proyectos. El aspecto exterior de la conducta perturba *per se*, no por su contexto interno” (*Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 110/111)].

4.6. Al respecto, en un párrafo cuyo contenido no suscribo totalmente, aunque sí en lo que aquí interesa, dice Rudolphi: “En este sentido se debe atender, en primer lugar, a la teoría dominante de la medición de la pena. Según ella es lícito considerar como agravante de la pena a la culpabilidad que el autor se ha cargado sobre sí en el pasado, en tanto ella ha dejado su impronta sólo en su hecho ilícito concreto, es decir en tanto también se refiere a él en forma indirecta. Allí no hay —algo que sobre todo ha sido señalado por Bockelmann y Schmidhäuser— un reconocimiento de un auténtico derecho penal de autor, pues en estos casos el objeto de la medición de la pena no lo constituye cualquier característica del autor adquirida culpablemente que exceda el hecho concreto, sino la conducción culpable de la vida, el haberse convertido culpablemente en lo que es, únicamente en tanto ello se muestra en el hecho ilícito concreto a juzgar, es decir, en tanto ello ha teñido al hecho ilícito. La razón que funda esa ampliación del concepto de culpabilidad por el hecho mediante la inclusión de la culpabilidad existente en el pasado se halla en la comprensión de que ningún hecho punible y ninguna culpabilidad por el hecho puede ser explicada únicamente a partir del instante del hecho, sino sólo teniendo en cuenta, simultáneamente, tanto a la personalidad total del autor como también a sus otros comportamientos” (conf. RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Otto Schwarz & Co., Göttingen, 1969, p. 268).

Este pensamiento es aplicable a la reincidencia genérica, puesto que se trata de una circunstancia, de un dato de la vida del autor, que es relevante para la graduación de su responsabilidad por el hecho individual que se le reprocha. De todos modos, como fuera explicado en el punto anterior, no es necesario llegar tan lejos en el tipo penal cuestionado por la defensa, pues, el legislador no ha tomado como agravante cualquier antecedente penal del autor, sino tan sólo aquellos registrados por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, esto es, aquellos que guardan una vinculación con el hecho (sobre esto volveré en el punto siguiente).

Resulta ilustrativo, también para apreciar el estado de la doctrina, recordar aquí un ejemplo de Reinhard Frank que este autor utilizó, a favor de la teoría normativa de la culpabilidad, para predicar que era correcto considerar que *hechos externamente idénticos* podían, sin embargo, presentar una mayor o menor culpabilidad y un mayor o menor merecimiento de pena, en función de circunstancias concomitantes al hecho relacionadas con la historia del autor. Se trata de dos individuos, uno cajero de un comercio y otro portador de valores que “realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero sí amores suntuosos. El primero, en cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños [...] En este caso todos dirán que el cajero tiene una *culpabilidad menor* que el portador de valores, puesto que ella es *morigerada por las circunstancias desfavorables* en las cuales se encontraba; mientras que la culpa-

bilidad del segundo (portador de valores), por el contrario, es *agravada gracias a su buena situación financiera y sus inclinaciones lujosas*” (conf. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 28, sin resaltar en el original).

4.7. Asimismo, se debe señalar que una interpretación de la garantía, como la que postula el recurrente, vedaría cualquier tipo de prevención especial, lo que no se compadece con nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el ordenamiento jurídico argentino reconoce claramente como uno de los fines de la pena a la prevención especial. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5º, apartado 6, dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados; la ley 24.660 —de ejecución de la pena privativa de la libertad— en su art. 1º dispone que “la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. Como es sabido, según esta teoría preventivo-especial, “la misión de la pena consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos” (conf. ROXIN: ob. cit., p. 85), esto es, precisamente, evitar que insista en reincidir; y la medida de la pena sería la necesaria para lograr ese cometido.

Estos textos justifican que el legislador pondere la condición de reincidente al momento de resolver qué probabilidad existe de que el autor cometa nuevos delitos con el fin de determinar la pena necesaria para hacerlo desistir de ello.

Cuestión distinta es la relativa a que la prevención especial sea el *único* criterio para graduar la pena. Por ello, nuestro orden jurídico, a fin de evitar las consecuencias no deseadas a las que llevaría una aplicación pura de esta teoría (p. ej., aplicación de una pena privativa de libertad de duración indeterminada o de muchos años por un delito de poca importancia si ello es necesario para re-socializar al autor), recoge otras teorías de la pena que aseguran que exista una relación de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la severidad de la pena.

4.8. Por último, la defensa tacha de inconstitucional a la figura agravada prevista en el art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P., por lesiva del principio de culpabilidad en lo relativo a la desproporción entre la pena prevista y la magnitud de la lesión.

Para apoyar sus dichos, la defensa realiza una comparación entre la pena de prisión de 4 a 10 años, prevista para la figura agravada, y las estipuladas para otros delitos contra la vida o la integridad física de las personas, tales como los arts. 89, 90 y 91 del Código Penal (lesiones leves, graves y gravísimas) (fs. 679 vta. y siguiente). Asimismo, señala que “...como derivado del principio de culpabilidad, la pena nunca puede superar la gravedad del injus-

to y la culpabilidad del autor, por lo que no resulta constitucional invocar criterios de prevención general o especial para la imposición de penas desproporcionadas pues, en tal caso, el autor estaría siendo usado como una especie de instrumento, vulnerándose incluso el principio de dignidad humana” (fs. 679 vta.).

Como se puede observar, el argumento expuesto aquí por la defensa para cuestionar la constitucionalidad de la figura agravada está estrechamente relacionado con el tratado en los puntos anteriores. Es que considerar ilegítima la circunstancia agravante, la conduce a cuestionar el incremento de la escala penal prevista por el legislador para esa figura agravada.

Sin embargo, ante todo, debo aclarar que no cabe referirse aquí a la escala penal prevista por el legislador en general y en abstracto, esto es pena privativa de libertad de 4 a 10 años, sino a la sanción efectivamente aplicada por la Cámara en el caso concreto, esto es, 4 años de prisión, el mínimo previsto por la figura agravada (conf. punto III de la parte resolutive de la sentencia de Cámara, fs. 667), pues es esta la medida del interés jurídico de la apelante. La argumentación de la defensa no muestra que la imposición de una pena de 4 años de prisión sea irracional, lesiva de la dignidad humana, desproporcionada o cruel, aplicada a quien porta sin autorización legal un arma de uso civil y posee antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas —concretamente.

Al respecto, considero oportuno recordar lo señalado por el juez Vázquez en su voto en cuanto a que el legislador ofrece razones suficientes para adoptar una política-criminal tendente a disminuir la utilización de armas de fuego en hechos delictivos regulando con mayor rigor su tenencia y portación ilegal (fs. 645). Entiendo que mis observaciones del punto 5 están en línea con estos conceptos.

También la CSJN en un caso similar ha dicho que “los motivos que llevaron al legislador a introducir la agravante [...] no parecen arbitrarios sino el fruto del uso de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio esta Corte carece de control. Por lo demás, la pena más grave prevista para esos supuestos no es cruel, no impone una mortificación mayor que la que la privación de libertad de por sí porta ni su intensidad es repugnante a la dignidad humana pues no expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que implica y el disvalor del delito para el que está prevista” (*Fallos*, 314:424, “Pupelis”, consid. 8º, párr. 2º). Y en el mismo caso: “...este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad...; sin embargo, *el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes;*

pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto” (*Fallos*, 314:424, consid. 7º, sin resaltar en el original).

Por los motivos expresados precedentemente, debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad de la agravante contenida en el art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P.

5. Inconstitucionalidad del art. 50 del C.P.

Finalmente, el recurrente tacha de inconstitucional, con base en los arts. 19, C.N. y 13.9, CCBA, el art. 50, C.P. (declaración de reincidencia), debido a que combinado con el art. 14, C.P. le impedirían acceder al beneficio de la libertad condicional (fs. 864 y ss.). También argumenta, aunque sin mayor desarrollo, que la declaración de reincidente “etiqueta al imputado” (fs. 864 vta.) y que ello bastaría para configurar un agravio constitucional. Subsidiariamente, sostiene que no debe declararse reincidente a Lemes debido a que no había cumplido dos tercios de la condena al momento de cometer el segundo hecho que le es imputado. A pesar del enjundioso desarrollo del agravio, la defensa oficial de Lemes no logra demostrar la existencia de un agravio actual; por el contrario, reconoce que al momento de la presentación del agravio, Lemes no habría cumplido el lapso de pena exigido por el art. 13, C.P. para acceder a la libertad condicional. Por lo demás, aun cuando lo hubiese cumplido el recurrente no viene ante este Tribunal apelando una resolución contraria a una solicitud de libertad condicional. Por el contrario, se limita a plantear un agravio potencial. Así lo explica el juez Maier en su voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Prescava, David Daniel s/art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 3562/04, sentencia del 25/2/2005. El recurrente deberá plantear el agravio al juez al que corresponda, en el momento en que solicite (si es que lo hace) la libertad condicional. Ese magistrado será a quien corresponda decidir si deben ser aplicadas en autos las normas citadas por el recurrente, si se dan los supuestos de dicha aplicación y si alguno o algunos de ellos deben ser tomados de la sentencia actualmente recurrida. Esa eventual sentencia podría habilitar la instancia recursiva ante este TSJ, incluyendo la de aquellos aspectos que hubieran devenido así definitivos (conf. expte. n° 2591/03, “Altieri e Hijos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y expte. n° 2595/03, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Altieri e Hijos S.A. c/DGR (resol. 1672-SHyF/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)’”, sentencia del 29/9/2004). Si el Tribunal se expidiese ahora, se antepondría a la decisión de los jueces de mérito, cosa que le está vedado.

Cabe agregar, en relación al precepto de la Constitución de la Ciudad citado, que el Código Penal es una ley nacional y como tal tiene jerarquía superior a las constituciones locales.

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja, declarar parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad en lo referido a la impugnación del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., y confirmar la sentencia recurrida en este punto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con la solución propuesta por el Dr. Luis F. Lozano y comparto el sentido de su fundado voto.

1. Como lo sostiene mi distinguido colega y juez de trámite, los recursos interpuestos son *formalmente* admisibles. Sintéticamente, los cuestionamientos que el recurrente propone son los siguientes: *a)* la nulidad del procedimiento de detención del imputado, pues no se habrían verificado los “indicios vehementes de culpabilidad” que justificaran el accionar policial que dio origen a esta causa; *b)* la ilegal apertura del recurso del fiscal contra una sentencia condenatoria de primera instancia, esencialmente, por conculcar los principios de imparcialidad, legalidad, acusatorio y el derecho al recurso; *c)* la tacha de inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis (2), párr. 8° del C.P. utilizada por el *a quo*, en tanto vulneraría, en opinión del recurrente, el principio de culpabilidad —por resultar desproporcionada y ser una manifestación de derecho penal de autor— y el *non bis in idem*; *d)* la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, C.P.) por similares razones a las apuntadas en el acápito anterior o, de modo subsidiario, su inaplicabilidad al caso concreto.

A los efectos de fundar mi decisión, y al margen de lo ya apuntado por el juez preopinante, creo que son necesarias ciertas consideraciones adicionales:

a) La supuesta nulidad de la detención —y con ella de todo lo actuado— no puede ser admitida no sólo porque no presenta un caso constitucional, sino, y sencillamente, porque no logro comprender qué más necesitaba el recurrente para justificar la *razonabilidad* del accionar policial. Aun cuando se trata de una típica cuestión de hecho y prueba vinculada con la interpretación del contexto fáctico del caso efectuada por los tribunales de mérito (voto del juez Maier en “Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: autos ‘Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/inf. art. 189 CPN’”, exptes. n° 3070 y n° 3071, sentencia del 2/7/2004), corresponde señalar que el procedimiento se originó a partir del aviso inmediato que un particular formuló a la prevención acerca de la comisión de un robo con armas en un comercio. Con una premura inobjetable, los funcionarios policiales recorrieron sus alrededores a efectos de hallar los rastros del delito. De este modo, observaron a dos personas que, al advertir la presencia policial, asumieron una actitud sospechosa y evasiva, y en virtud de que una de ellas tenía características similares a las descriptas por la víctima de la agresión —v. gr., adolescente, morocho, cabello corto y campera oscura— se impartió la voz de alto, la cual no fue acatada

y motivó la fuga del imputado, quien durante su ineficaz escape: 1) extrajo de sus ropajes un arma de fuego; 2) le apuntó a uno de los preventores; 3) la arrojó al suelo en presencia de menores de edad; y 4) continuó su huída hasta ser interceptado —a siete cuadras del lugar.

El recurrente intentó generar dudas a partir del señalamiento de algunas sutiles diferencias entre el probable asaltante y el acompañante del encartado, para concluir, de esta manera, que la detención habría sido arbitraria frente a la inexistencia de “indicios vehementes de culpabilidad” (art. 284.3, CPPN), dado que ninguna vinculación habrían tenido con el robo en cuestión —circunstancia verificada ulteriormente—. Pese al gran esfuerzo argumental, no cumple con su objetivo. Ello así, pues no cabe ninguna duda que frente al cuadro reseñado la prevención se encontraba ampliamente facultada para interceptar e interrogar, brevemente, a toda persona que se encontrara en las proximidades del lugar y que exhibiera alguna semejanza con las referencias aportadas por la presunta víctima, o a quien pudiera aportar algún dato de interés sobre el hecho delictivo; y más aún si se tiene en cuenta el efímero tiempo transcurrido y la situación de amenaza producida por la presencia de un sujeto armado e involucrado en un delito de características violentas. Asimismo, pareciera necesario señalar que el personal policial no salió del comercio con un retrato del asaltante y, por ende, las distinciones que apunta el defensor oficial, luego del debate y con un mayor conocimiento del hecho —v. gr. el acompañante tendría diez centímetros más de altura y sería unos años mayor que el autor del asalto—, no resultan suficientes para desautorizar aquella primera *sospecha razonable* que diera legitimidad al procedimiento inicial (Fallos, 321:2947; 325:2485; 325:3322; 326:41) y, con él, a la posterior detención del imputado.

Las razones sostenidas y reafirmadas en todas las instancias locales me bastan para rechazar este pretendido agravio constitucional (insistido en queja), pues, en definitiva, sólo se percibe la oposición forzada, personal y abstracta de quien recurre.

b) El agravio vinculado con el acogimiento (ilegal) del recurso acusatorio contra la sentencia condenatoria de primera instancia, no correrá mejor suerte. En términos generales, la alzada fundamentó su decisión y remarcó que, en su constante jurisprudencia, siempre había considerado como *razonable y posible* a la limitación recursiva prevista en el art. 61.1, L.P.P., en virtud de la cual el fiscal sólo podía apelar la “sentencia absolutoria” y exclusivamente en el supuesto de “inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva” (*error in iudicando*). Ello así, por cuanto el legislador local habría optado por terminar —al menos en parte— con el sistema de concesión bilateral del recurso de apelación que, sin ir más lejos, rige hoy en el ámbito contravencional y sin restricciones. Pese a ello concibieron que en un caso *excepcional y particular* como el presente, en el cual un magistrado de primera instancia había declarado la inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal nacional —el art. 189 bis,

apartado segundo, párr. 8º—, debía implementarse alguna “vía alternativa” que permitiera que aquella “cuestión federal” fuera revisada y fenecida en la jurisdicción local, con carácter previo a habilitarse la intervención de la CSJN. En consecuencia, decidieron aprovechar el “recurso de inconstitucionalidad” previsto en el art. 474, CPPN, cuya aplicación juzgaron supletoria, por cuanto aquel configuraba “una herramienta específica para el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas de fondo comprometidas en un proceso penal” (voto del juez Vázquez; fs. 561/vta.).

Naturalmente, este es el principal agravio que trae el recurrente contra la decisión cuestionada pues si no se hubiera declarado admisible la impugnación del fiscal, la Cámara no hubiera estado facultada para pronunciarse acerca del apartado invalidado por el juez de primera instancia. No fue casual, entonces, que el recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402) se concediera por tal motivo. Sin embargo, y adentrándome en el análisis del recurso intentado por el defensor oficial, no advierto ningún caso constitucional. Ello, por varias razones:

—Por un lado, tal como lo señala el señor juez de trámite, el recurrente no se hace cargo del argumento medular por el cual la alzada decidió admitir la vía recursiva, es decir, la existencia de una *cuestión constitucional compleja directa* susceptible de provocar la intervención de la CSJN (art. 14.1, ley 48). Ello así por cuanto no surge en su presentación ni una mínima consideración sobre las particularidades que exhibe esta causa, que involucra un conflicto entre una ley nacional y la C.N. y, básicamente, soslaya que concurra esa *cuestión federal* y que, de cara a ella, ninguna ley procesal podría cerceñar válidamente el acceso del fiscal a dicha instancia (arts. 116 y 117, C.N.), cuanto menos, sin lesionar otros principios constitucionales.

—En efecto, si se aplicara de manera irrestricta la limitación recursiva que reclama el defensor (art. 61.1, L.P.P.) en un caso *de excepción* como el presente, no habría modo de agotar “la instancia intermedia” ni de obtener la sentencia definitiva del “tribunal superior de la causa” que requiere la vía extraordinaria; y vale decir que una *decisión de extrema gravedad institucional* —como lo es, sin dudas, la declaración de inconstitucionalidad de un apartado del Código Penal— adquiriría firmeza no ya por la aquiescencia del fiscal, sino por ser *formalmente incuestionable a nivel local*. Por ello, en el entendimiento de que el legislador no podría —al establecer sus normas procesales o al estructurar su administración de justicia— impedir la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 31, C.N.), debía delinearse cuál era el camino adecuado para el agotamiento de los recursos locales y, en tal caso, de qué recursos se trataba. La solución dada a esta causa, aunque no era la única, aparecía como una de las posibles.

—En tal sentido, no se me escapa que la jurisprudencia que la alzada citó en su argumentación (*Fallos*, 308:490; 311:2478; 312:483; 315:761; 324:2177)

no conducía, necesariamente, a la solución que explicó en su decisión. Ello así por cuanto, la CSJN no exige el agotamiento de “*todas* las instancias locales”, sino la del “órgano judicial superior de provincia”, por lo cual, la cuestión federal no podía ser excluida del conocimiento de *este* Tribunal, empero, en rigor, nada indicaba que la Cámara debía pronunciarse previamente. No obstante, el *a quo* entendió, con elevado criterio jurídico, que la presentación recursiva vinculada con motivos constitucionales era plausible *sin forzar la letra de la ley*, mediante la aplicación supletoria de una “herramienta específica” *no excluida en el orden local*, que permitiría un mayor debate de la cuestión (en cantidad de instancias y en solvencia de argumentos).

—No parece posible que el legislador haya querido asumir, con su criterio restrictivo de la legitimación del fiscal, el riesgo resultante de sujetar el ejercicio del control de constitucionalidad y razonabilidad de las normas a la voluntad discrecional del encartado; y tampoco pudo atribuirse las consecuencias de una situación paradójica como ésta, en la cual un juez de primera instancia pudo convertirse en la *máxima* autoridad judicial en esta materia o en la *única* si se advierte que la cuestión fue introducida *de oficio* por el propio magistrado, sin sustanciación previa y sin posibilidad alguna de un recurso acusatorio, ya que de acuerdo a la norma local, este último, no era procedente contra la “sentencia condenatoria” (art. 61.1, L.P.P.; a *contrario sensu*). Ciertamente —cuanto menos— hubiese sido incomprensible que el condenado se opusiera a la exclusión legal que generosamente lo beneficiaba (con la aplicación de la figura residual).

—La sola idea de que una norma de derecho común pueda ser inaplicada por considerársela inconstitucional, sin que un órgano del mismo Estado pueda provocar una *mínima* revisión de aquella decisión se opone a algunos principios constitucionales básicos, y entre ellos, la división de poderes, la igualdad en la aplicación de la ley y la supremacía constitucional (arts. 1º, 16 y 31, C.N.); y como poco demandaba el otorgamiento de esta vía alternativa de impugnación. Por cierto, nuestro escenario fue mucho más complejo, pues la inconstitucionalidad fue oficiosa e inesperada, y lo que se pretendía no era ya su revisión, sino su inexcusable y primera discusión. Parece claro que en un tema tan relevante no era posible desconocer la misión constitucional y legal del acusador en orden a: “promover la actuación de la justicia *en defensa de la legalidad*, de acuerdo con los *intereses generales*”; “velar por la normal prestación del servicio de justicia”; y “procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social” (arts. 125, incs. 1º y 2º, CCBA y 1º, ley 21). Esto, si bien no importaba reconocerle un “derecho al recurso”, (sí) obligaba a respetar su “rol institucional” en defensa de la interpretación uniforme de la ley y de la Constitución. En estos términos, su participación y legitimación era necesaria para encarnar aquel “interés general”.

—Resulta imposible creer que el legislador haya manifestado su voluntad expresa de prescindir de la opinión del fiscal en un supuesto como el de autos o que le haya negado —también expresamente— la posibilidad de impugnar una sentencia condenatoria, cuando ella importara una “cuestión federal suficiente”. Ello así, pues, si se intentara examinar su “supuesta intención” debiera tenerse en cuenta que reiteradamente le atribuyó la función de “*intervenir en todos los asuntos* en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el *orden público*” (art. 16.1, ley 21); y lo que es más significativo aún, la obligación de “*intervenir en los procesos en [los] que se cuestiona la validez constitucional de normas jurídicas* de cualquier jerarquía”, por cuya “observancia” debe velar (art. 17, inc. 1º, 5º y 6º, ley 1903; dictada con posterioridad a la L.P.P. y de momento suspendida por la ley 1978). Entonces, no sería razonable ni coherente que, por un lado, haya restringido (*sin excepciones*) su legitimación a los supuestos de “sentencia absolutoria” y, por el otro, le haya conferido semejantes funciones de difícil o imposible cumplimiento —cuando, en principio, debe descartarse su imprevisión o inconsecuencia (*Fallos*, 312:1614; 316:1115; 321:2453).

—En autos, el juez de grado dictó una decisión extrema *sin ningún control* de las partes y, frente a ello, el acusador pretendió sortear la valla impuesta por la norma local —sobre la base de su *no exigibilidad*— con el único propósito de exteriorizar, por primera vez, su opinión sobre esa cuestión. A su turno, el *a quo* concedió el recurso en los términos y con el alcance del art. 474, CPPN. Frente a esa resolución, el defensor alzó sus críticas desde múltiples perspectivas que, para una mejor comprensión, conviene analizar separadamente:

i) Sostiene que la aplicación supletoria del art. 474, CPPN no era posible porque “la normativa local es completa en relación a la vía recursiva (...) [e]l art. 61, a lo largo de sus tres incisos, es preciso y detallado al regular los recursos en materia de delitos juzgados en sede local (...) [y] no hay nada que suplir, so riesgo de sustituir al legislador” (fs. 676). Contrariamente a lo expresado por el defensor, el confuso art. 61 de ningún modo puede ser visto como la regulación “completa” o suficiente de los “recursos” que previó el legislador local, toda vez que difícilmente puede pensarse que él decidiera prohibir, por ejemplo, la queja o el recurso de revisión (arts. 476 y 479, CPPN). Precisamente, para hacer uso de tales remedios —cuya utilización nadie pretende eliminar— se recurre a esta aplicación subsidiaria que permite la propia norma (art. 55, L.P.P.) “en todo lo que no se encuentre expresamente previsto en esta ley y no contrarfe las normas establecidas en la Constitución de la Ciudad”. Lo mismo ocurre en este caso y, por lo tanto, no se advierte ninguna afectación al *principio de legalidad* —aun si se admitiera que éste rige para las leyes procesales.

No es un descubrimiento afirmar que el “recurso de inconstitucionalidad” instrumentado en esta causa no estaba previsto en la norma porteña, al

menos, con el alcance aquí otorgado, es decir, contra la sentencia de primera instancia y para ser resuelto en Cámara. Sin embargo, no hay nada en la ley que permita inferir que el legislador quisiera exceptuar, de manera expresa, su aplicación a un supuesto como el presente —con un resultado presumiblemente impensado, por insólito—. Entonces, su aprovechamiento no contraría la Constitución local, desde que, esencialmente, tiende a reafirmar el “principio federal establecido en la Constitución Nacional” (art. 1º, CCBA) que debiera amparar cualquier Poder Judicial local, que se asume a sí mismo como tal.

Ahora bien, viene al caso precisar que, aun cuando la norma local prevé otro “recurso de inconstitucionalidad” (arts. 27, ley 402. y 61.3, L.P.P.) ante esta instancia —homónimo al anterior—, su aplicación simultánea no infringe ningún precepto constitucional y contribuye al fortalecimiento de una *administración de justicia eficaz*. Ello así, por cuanto si se sostuviera una postura contraria —esto es, si se negara la utilización del art. 474, CPPN— y se dijera, por ejemplo, que el fiscal debía recurrir la sentencia de primera instancia directamente ante este estrado —cuestionando su falta de legitimación activa en virtud de la naturaleza constitucional de sus planteos—, se consentiría, en la práctica, una *duplicación de decisiones*, pues la alzada atendería el recurso de apelación deducido por la defensa del imputado y, mientras, este Tribunal lo haría respecto del recurso de inconstitucionalidad de la Fiscalía. Ello equivale a sostener que no sólo cabría la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, sino que, además, el requisito de “sentencia definitiva del tribunal superior de la causa” estaría supeditado a la posición que ocupa el recurrente en el proceso penal local —algo que resulta, a mi juicio, inadmisiblemente e irrazonable—. Reconozco, por ende, que para evitar ese tipo de inconvenientes fue acertado el razonamiento del *a quo*, pues respondía a su “sana intención de componer el derecho positivo vigente con la doctrina de la CSJN” (del voto del juez Vázquez; fs. 562/vta.) interpretada, esta última, de un modo que está lejos de lesionar alguna garantía constitucional.

ii) El defensor impugna la apertura del recurso fiscal por ser violatoria del *derecho al recurso* o garantía de la *doble instancia* (art. 13.3, CCBA). Parece claro que, en virtud de la materia (penal) objeto del proceso, resulta operativa la garantía que el recurrente considera lesionada (ello se desprende de mis votos en los exptes. n° 1509, resolución del 23/10/2002; 3910, resolución del 5/8/2005; 3892, resolución del 5/8/2005; 3988, resolución del 3/10/2005; 4302, resolución del 5/4/2006; y 4451, resolución del 6/6/2006). Sin embargo, como lo sostiene el juez de trámite, su sola invocación no funciona como suficiente demostración de la presunta lesión, ni explica por qué el derecho al recurso del condenado importa un obstáculo para el otorgamiento del “recurso de inconstitucionalidad” (art. 474, CPPN) al fiscal (*Fallos*, 320:2145) que reconoce sustento legal en el art. 55, L.P.P. y cuyo fundamento reside en la

existencia de la cuestión federal. Por lo demás, no logro comprender de qué manera se afectan esos derechos con tal decisión, en tanto el acusador propuso un debate jurídico y de orden constitucional, que, inclusive, es plenamente impugnabile y revisable en esta instancia —a punto tal que lo ha traído a consideración del Tribunal y será revisado en el acápite c) de este voto.

iii) El recurrente plantea la afectación del principio *acusatorio* de manera enlazada con el de *imparcialidad*, toda vez que, el tribunal *a quo* al “corregir” los alcances del planteo recursivo del fiscal habría perdido su neutralidad. Admite que, por tal motivo, intentó la recusación de todos los miembros de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas —la que fue indiscutiblemente rechazada—. Ahora bien, tengo para mí que aquí sólo existe una cuestión relativa al *nomen iuris* del recurso articulado por el acusador y que la Cámara, en virtud de los principios constitucionales en juego, podía abstraerse de la denominación que aquél le atribuyó a esa presentación, pues, precisamente, lo significativo era atender a “la sustancia real del planteo, a su trascendencia y procedibilidad” (*Fallos*, 320:2326; 325:1227).

En este caso, no era posible que la alzada desconociera, desde ninguna óptica, la denuncia acerca de la existencia de una evidente *cuestión de extrema gravedad institucional y constitucional* —no caben dudas de que el fiscal orientó su recurso a este fin—. Basta con señalar, sin ánimo de polemizar en abstracto, que la introducción de la *cuestión federal* no requiere “fórmulas sacramentales” (*Fallos*, 302:326; 304:148; 324:1884); que “el adecuado servicio de la justicia... sólo se privilegia con el primado de la *verdad jurídica objetiva*” (*Fallos*, 292:296); y que lo importante es su planteo *oportuno* para que los jueces puedan decidirla (*Fallos*, 308:568). De ello se sigue que la Cámara se encontraba habilitada para admitir la impugnación del fiscal, en el ejercicio de su jurisdicción y en el marco de su competencia. El defensor, por su parte, no demuestra ninguna “sospecha de parcialidad” en dicha actuación y reitera, de una manera bastante particular, su discrepancia con la interpretación jurídica de las leyes procesales aplicadas que, aunque no lo satisfaga, aparece fundamentada de una manera suficiente.

iv) Finalmente, la defensa sostiene que la *aplicación* que la Cámara hizo de aquel “recurso de inconstitucionalidad” fue *incorrecta*, pues él no funciona de la manera utilizada en autos, “ni aún en el orden nacional”. En su apoyo, afirma que él sólo procede “cuando la sentencia o resolución impugnada se pronuncia a favor de la validez constitucional de la norma o acto cuestionados y no en el caso contrario” (fs. 477/vta.); con cita de PALACIO: *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160). Son varias mis objeciones en este aspecto: 1) omite considerar que la alzada reconoció *expresamente* su preferencia por la “tesis amplia de legitimación activa” y que “existe cuestión de constitucionalidad dentro del proceso cuando se alega la validez o invalidez de una ley” (fs. 563); y esto significa que, si la ley

es aplicada tiene agravio quien planteó la cuestión y si no se la aplica porque prevalece la norma constitucional —v. gr., como en nuestro caso—, tiene agravio la contraria (véase CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 533); 2) olvida indicar además, que en su propia cita bibliográfica y sólo unos párrafos más adelante se explica casualmente que al menos tres (de las cuatro) salas de la CNCP participan de la opinión del *a quo*, por lo cual, difícilmente puede sostenerse que en el “orden nacional” dicha “herramienta” opere de otro modo, pues pareciera que los propios encargados de utilizarla nos demuestran todo lo contrario (con suficiente sostén doctrinario y años de jurisprudencia); 3) soslaya que aún si se admitiera su posición teórica y el recurso procediera, únicamente, en el caso en que *se cuestionara la constitucionalidad* de una norma, la alzada igualmente se encontraba facultada para declarar la invalidez de esta limitación recursiva (local) por vía de este remedio (nacional) y, de esa forma, podía hacer lugar a la impugnación del fiscal, en tanto, aquel había dedicado un importante segmento de su presentación dirigido a tal fin (fs. 531/542); 4) evita considerar, principalmente, que el órgano jurisdiccional idóneo para *interpretar y aplicar* las normas rituales —sean locales o nacionales— era el *a quo* y que, naturalmente, para que este Tribunal pudiera apartarse de lo allí resuelto, debía demostrarse un caso constitucional y no una mera discrepancia doctrinaria y/o académica.

– Entonces, no se advierten obstáculos reales para que el recurso del art. 474, CPPN oficie, en supuestos como el de autos, como un “eslabón intermedio” entre las instancias ordinarias locales. Ello así, pues, por otra parte, no parece desdeñable que los miembros de la Cámara Contravencional y de Faltas, como máximo tribunal de mérito en la materia (art. 36, ley 7), tenga, al menos, esta oportunidad —legal— para pronunciarse sobre una “cuestión federal” vinculada, precisamente, con la inconstitucionalidad de una de las “competencias penales” cuyo juzgamiento le fue encomendado por el legislador nacional (ley 25.752) y local (ley 597 y art. 55, L.P.P.).

– Por último, es sumamente ilustrativo repasar las “otras” opciones para comprender que la escogida por la Cámara resulta, por mucho, la *solución más razonable*, ya que: 1) reencauzar el recurso a conocimiento de esta instancia —aun por encima de la técnica procesal utilizada, en virtud de las características *excepcionales* del caso, y teniéndolo por presentado en *tiempo y forma* “a fin de evitar situaciones que potencialmente frustren derechos constitucionales” (este Tribunal, *in re* “Benegas, Miguel Maximiliano s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 16/99, resolución del 18/3/1999, CyJ, *Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 31)— para que se pronunciara como “instancia intermedia”, siguiendo, *literalmente*, la jurisprudencia de la CSJN, se apartaba del planteo y pretensión del acusador —al margen de los inconvenientes prácticos ya apuntados—; 2) desestimar su queja por falta de

legitimación (art. 61.1, L.P.P.) hubiese motivado su impugnación ante este estrado por la inconstitucionalidad de tal limitación —agravio que el fiscal utilizó oportunamente en sus articulaciones con el objetivo de que el *a quo* se expidiera a todo evento—; 3) declarar la inconstitucionalidad de dicha restricción para declarar admisible la queja debía evitarse por ser la *última ratio* del ordenamiento jurídico, siempre que, obvio es decirlo, ello fuera posible (*Fallos*, 306:1597; 315:923; 322:2415).

– En resumen, la Cámara no hizo más que armonizar y delimitar el orden normativo aplicable a un caso particular, sin excederse en sus facultades como tribunal de revisión, y no advierto réplicas serias de orden constitucional que me indiquen que el razonamiento del *a quo* no fuera el adecuado, pues considero, además, que los magistrados tienen la obligación de efectuar interpretaciones *razonables y coherentes* que privilegien el espíritu de la ley y los valores que se pretende tutelar con ella. Eso mismo fue lo ocurrido en autos.

Por los motivos expuestos, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido en este aspecto.

c) El defensor propone, para el supuesto en que este Tribunal considere correctamente concedido el recurso acusatorio, el estudio acerca de la invalidez de la agravante contenida en el art. 189 bis, apartado segundo, párr. 8º, C.P., por cuanto eleva significativamente el monto de pena del que —en lo que hace al caso— *portara* un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (figura básica) y “registrare *antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas*” —énfasis agregado. Ello así, pues sostiene que tal circunstancia agravante afecta el *principio de culpabilidad* doblemente: *i*) porque la pena amenazada es *desproporcionada* con relación a otras conductas penalmente relevantes; *ii*) porque constituye una manifestación de *derecho penal de autor*, en tanto el castigo del imputado estaría dado “por lo que es y no por lo que hizo” (fs. 680). Además, afirma que su aplicación lesiona la prohibición del *ne bis in idem* y que, a su criterio, el delito anterior ya juzgado no puede tener influencia en el rigor de la pena a imponer por un nuevo delito.

Ahora bien, el tribunal *a quo* resolvió —por mayoría— revocar la decisión del juez de primera instancia en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de ese apartado (antes destacado). Básicamente, entendieron que no resultaba irracional que el legislador decidiera aumentar la pena prevista para quien porta un arma y cuenta con *determinados* “antecedentes penales”. Ello así, en tanto, en opinión de la Cámara, quien posee un *mayor conocimiento* de la prohibición merece un *mayor reproche* derivado, justamente, de que conoce esta amenaza mejor que aquel que nunca fue condenado por un delito de ese tipo y, por ende, posee un *mayor grado de culpabilidad* por el (nuevo) hecho que se le atribuye. Asimismo, destacaron que no se había demostrado la ilegitimidad constitucional del precepto en este “caso concreto”, para lo cual, no resultaban

suficientes las alegaciones “genéricas” con las que se intentaba fundar su desproporcionalidad “en abstracto” (*Fallos*, 314:424). Resaltaron, también, que el legislador nacional, al sancionar la ley 25.886 —que introdujo la agravante—, habría pretendido dar “respuesta adecuada a una problemática social” y habría ofrecido razones suficientes para fijar una política-criminal tendiente a “desarmar a la población” y así poder “disminuir la utilización de armas de fuego en hechos delictivos” (fs. 645), sobre la base de ciertos criterios de prevención general y especial —cuyo acierto o error, en rigor, escapaba del control judicial mientras no se evidenciara una ostensible incompatibilidad con la C.N. y los derechos fundamentales en ella garantizados.

Aún así sostuvieron que la agravante no representaba una manifestación de *derecho penal de autor* pues el recrudecimiento de la pena no se sustentaba en la personalidad del autor sino, antes bien, en el *mayor reproche* que le cabía a quien expresaba su “desprecio” luego de haber sufrido una condena en carne propia (fs. 645). Concluyeron que la respuesta penal sólo podría depender de la *culpabilidad por el hecho* cometido, empero aquella podría ser distinta “según la menor o mayor culpabilidad del autor” (fs. 645 vta.) en función de esa “indiferencia” frente a la prohibición normativa. Finalmente, y con relación a la afectación del principio del *ne bis in idem*, precisaron que no se verificaba una “identidad de objeto” y por ende, el primer hecho ya penado no volvía a ser juzgado, siempre y cuando no se valorasen doblemente los “antecedentes penales” —al calificar jurídicamente el hecho y al graduar la pena.

En definitiva, consideraron que el mínimo legal de la figura agravada era proporcional a la culpabilidad del encartado y que, a la vez, éste se ajustaba a las circunstancias del “caso concreto”, por lo cual la declaración de invalidez del juez de grado había sido, cuanto menos, irreflexiva y prematura.

Comparto en lo sustancial, los desarrollos contenidos en los votos de los jueces que formaron la mayoría, Marcelo P. Vázquez y Elizabeth A. Marum (fs. 631/668). El recurso de inconstitucionalidad no logra desautorizar a tan sólidos fundamentos —a los que, sin dudas, me remito—. A mayor abundamiento, sólo agregaré lo siguiente:

— No es una tarea de los magistrados pronunciarse acerca de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia —o sobre criterios de política-criminal— invocadas por el legislador al sancionar una determinada norma jurídica. Por el contrario, a ellos sólo les corresponde efectuar un *test de razonabilidad* para ponderar el grado de adecuación entre los medios previstos por la legislación y la finalidad perseguida por ella. Desde esa perspectiva, al menos a simple vista, no parece irrazonable que se establezcan ciertas distinciones en la entidad de la pena que le cabe a los delincuentes *primarios* y a los *renuentes* en esta clase de delitos —“dolosos contra las personas o con el uso de armas”—, pues ellas responden a una finalidad admisible en el es-

quema constitucional de valores y son aplicadas con igual criterio a todas las personas comprendidas en el ámbito de la prohibición general; esto es, se pondera válidamente la diferente situación objetiva y real del sujeto frente al delito, para adosarle consecuencias punitivas más gravosas a quienes manifiestan su “insensibilidad” por el orden jurídico.

– De adverso, las leyes sólo resultan irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a la finalidad que se proponen, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (*Fallos*, 299:428). En este sentido, el propósito perseguido por el legislador en cuanto a “desarmar a la población”, “reducir las situaciones irregulares al mínimo” y “saber cuántas y qué tipo de armas existen, además de conocer en manos de quiénes están”, si bien puede resultar un tanto generoso, representa su (legítima) intención de resguardar la seguridad pública, la libertad e integridad física de la comunidad que representa. Desde este contexto, no se advierte que pueda merecer algún reparo constitucional que el legislador —en pleno ejercicio de sus facultades— haya considerado socialmente más dañoso el hecho de cometer *un nuevo* delito de determinadas características, luego del preaviso que importa una condena anterior, o que, por tal razón, lo castigue con mayor rigor fijándole una escala punitiva sensiblemente superior a la prevista individualmente para ese tipo de delitos. Ello así, pues, en virtud del reparto de competencias, al legislador le corresponde la difícil tarea de determinar cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante una amenaza penal, y en qué medida debe expresarse dicha amenaza para garantizar una protección suficiente (*Fallos*, 11:405; 191:245; 275:89; art. 75.12, C.N.); y mientras que no se demuestre su repugnancia e incompatibilidad manifiesta con una cláusula de la C.N. escapa del control que incumbe a los jueces.

– Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos constitucionales (Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Quinto, C.N.) gozan de una “presunción de legitimidad” que obliga a ejercer el control de constitucionalidad con *sobriedad y prudencia*, únicamente cuando su repugnancia con la norma fundamental sea clara e indudable. En tal sentido, la reforma del art. 189 bis C.P. guarda congruencia con los fines para los que fue establecida y, fundamentalmente, refleja un interés justificado del legislador en darle al bien jurídico tutelado una protección más intensa (art. 28, C.N.). Podremos compartir (o no) las opciones de política criminal que ha elegido válidamente el legislador —sobre la base de sus criterios de prevención general y especial—, pero, naturalmente, ello no nos autoriza a abolir, *así y sin más*, su producido (ley 25.886) que, por cierto y como no escapa del conocimiento de cualquier lector desprevenido, reconoció —y aún hoy reconoce— su génesis y motivación en el genuino reclamo de vastos sectores de la comunidad jurídica y social que, públicamente, manifestaron su consenso para dicha reforma.

– Una declaración de inconstitucionalidad de una norma, con fundamento en la pretendida desproporcionalidad de la pena amenazada, parece necesario aclararlo, nunca puede fundamentarse exclusivamente en la adhesión personal de un magistrado a determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, pues el único parámetro válido para determinar su *razonabilidad* es la propia C.N. En esa tarea, no alcanza con asumir una posición académica diferente y fundar, en virtud de ella, la invalidez del precepto. Tampoco resulta suficiente cuestionar la pena conminada, en abstracto, mediante su comparación con otra prevista para un delito, aparentemente, más grave, en tanto “al menos debió hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación, pues no basta la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley” (*Fallos*, 310:495), toda vez que, de lo contrario, sólo se trataría de una distinta valoración de su interprete, tan subjetiva como estéril.

Por lo expuesto, y haciendo expresa remisión a los sólidos fundamentos de la mayoría del tribunal *a quo* —que permanecen incólumes frente al recurso del defensor—, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad en este punto y confirmar la sentencia impugnada.

d) Por último, en relación con la tacha de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, C.P.), tal como lo afirma el juez de trámite en el punto 5 de su enjundioso voto, carece de actualidad. Asimismo, tampoco parece ser necesariamente *cierto*, ya que, por ejemplo, si el legislador decidiera suprimirlo, jamás llegaría a surtir efectos jurídicos en la vida del condenado. Si bien esto aparece, hoy, como algo poco probable —aun cuando existan proyectos en tal sentido—, no amerita un pronunciamiento anticipado por parte de este Tribunal; y entonces la queja no puede prosperar en orden a ese agravio constitucional.

En consecuencia, *voto* por: 1) rechazar la queja intentada en orden a los puntos a) y d); 2) declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en cuanto al punto b); 3) rechazar el recurso de inconstitucionalidad respecto del punto c), y confirmar la sentencia de la Cámara; 4) tener presente la reserva del caso federal.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, en su meditado voto, en los términos y alcance de los fundamentos expresados por la Dra. Ana María Conde.

Sólo me cabe remarcar dos consideraciones. En primer lugar, dadas las especiales circunstancias de la causa, entiendo que se muestra conducente la apelación del señor representante del Ministerio Público Fiscal en el momento procesal oportuno en que intervino (tal como se encargó de explicar en su hora el señor juez preopinante, Dr. Marcelo Pablo Vázquez, en la sentencia de la Cámara de fecha 19/5/2005). Ello así, en razón de estar en pugna la validez

constitucional de una norma de *derecho común* de nuestra República, ante la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, *in fine* del C.P. (texto según ley 25.886) decidida por el señor juez de grado, situación excepcional que puede razonablemente encuadrarse a partir de la aplicación supletoria del art. 474, CPPN.

Por otra parte, corresponde destacar que en este juicio se ventila el reproche de un ilícito penal —delito— que determina la aplicación de las más amplias garantías del derecho represivo de esta índole —entre ellas, la exigencia de la doble instancia judicial recogida en el art. 13, inc. 3º, CCBA y en los tratados sobre derechos humanos receptados en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna—. Sin embargo, el agravio que en este sentido se formula en el recurso de la defensa no puede prosperar, por las razones que brinda la Dra. Ana María Conde en el punto 1 b) ii) de su fundado voto, que comparto en su totalidad.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El juez de primera instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 6 condena al Sr. Lemes por el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, 2, párr. 3º, C.P.) y, en la misma sentencia, pese a considerar comprobados los elementos descritos en el supuesto del art. 189 bis, 2, *in fine*, C.P., no aplica la agravante citada por supuesta inconstitucionalidad federal frente al principio de culpabilidad por el hecho, en su vertiente relativa a la proporcionalidad de la pena amenazada.

2. Una vez pronunciada la sentencia de condena por el juez de primera instancia, recurren tanto el fiscal como la defensa, cada uno en interés propio: el fiscal porque reputa válida la agravante del art. 189 bis, 2, *in fine*, C.P., afirmada como contraria a la Constitución Nacional por el juez sentenciante para condenar sólo por la figura básica (art. 189 bis, 2, párr. 3º, C.P.); la defensa del acusado, en busca de la absolución, pues, confesadamente, sostiene que la detención del Sr. Lemes se produce de manera ilegítima, y de ella habría derivado prueba acerca del entuerto por el cual su defendido es condenado. En subsidio, la defensa plantea la falta de acreditación de la conducta delictiva atribuida al Sr. Lemes, cuestiona el elevado monto de la pena impuesta, solicita la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia con relación a su declaración en el caso (art. 50, C.P.) y, por último, postula la inaplicabilidad de la reincidencia al caso concreto, puesto que su defendido no cumplió en detención los dos tercios de su condena anterior.

3. Por su parte, la Sala I de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas decide tramitar ambos recursos. El recurso del acusador lo admite por su queja, pues el juez de primera instancia había denegado la apelación ofrecida conforme a la redacción del art. 61, inc. 1º, L.P.C. La Cámara reputa que se da

el caso previsto en el art. 14, inc. 1º, de la ley nacional 48 (inconstitucionalidad federal cuando la decisión apelada implica la invalidez de una ley del Congreso) y, en consecuencia, declara admisible la vía intentada por el fiscal, para lo cual aplica, supletoriamente, el art. 474, CPPN (conf. art. 55, L.P.C.). La defensa, en cambio, rechaza esta interpretación y aboga, en este punto, por la inadmisibilidad del recurso acusatorio interpuesto. Por su parte, el recurso defensivo fue concedido directamente.

En su decisión sobre los recursos admitidos, la Cámara, por una parte, desecha la ilegitimidad del procedimiento de detención conforme a la ley procesal, así como los demás agravios esgrimidos por la defensa y, por tanto, deja incólume la condena con relación al recurso defensivo; y, por la otra, le concede la razón al recurso acusatorio, advierte que la acción implica la agravante prevista en el art. 189 bis, 2, *in fine*, C.P., y, consecuentemente, agrava la pena por el hecho que se juzga con relación a la sentencia de la instancia inferior.

4. La defensa ahora recurre ante este Tribunal: *a)* por el rechazo de su fundamento relativo a la ilegitimidad de la detención; *b)* porque el recurso fiscal y su solución adolecen de dos ilegitimidades diferentes: *1)* la facultad de recurrir del acusador no está concedida por la ley procesal penal aplicable e invocada por el acusador en su recurso (art. 61, inc. 1º, L.P.C.), y *2)* la Cámara le da la razón al recurso acusatorio en el sentido de la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, *in fine*, C.P.; y *c)* la sentencia de condena de la Cámara hace mérito de la reincidencia, institución contraria a un derecho de culpabilidad por el hecho y, además, aplica esa institución al caso concreto, de modo contrario al sistema de reincidencia real del art. 50, C.P. La Cámara, por su parte, sólo admite el recurso por los motivos aquí enunciados bajo la letra *b)* y deniega los restantes fundamentos por no contener ellos cuestión constitucional alguna. La defensa acude en queja por todo aquello no admitido como recurso de inconstitucionalidad y, vale la pena anticiparlo, critica razonadamente la denegatoria del *a quo*. Sin embargo, dicha crítica no puede prosperar por los argumentos que expondré a continuación.

5. Creo que la decisión denegatoria de la Cámara tiene sentido en el motivo descrito bajo la letra *a)*. En el fondo, se trata de una cuestión de hecho y prueba y, en su caso, de derecho procesal que no se refiere a punto constitucional alguno. La Cámara, más allá de la detención, ha decidido, indudablemente, valorar el secuestro del arma en poder del condenado —hecho no discutido—. Por lo tanto, resulta en principio correcta la sentencia impugnada por este hecho y la denegatoria del argumento contenido en el recurso de la defensa contra la resolución que confirmó la condena de primera instancia se mantiene incólume.

6. Respecto de los agravios formulados por mí bajo la letra *b)*, punto 4, la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad y, a mi juicio, con ra-

zón, por dos motivos básicos: en primer lugar, el art. 61, inc. 1º, L.P.C. no le concede competencia recursiva a partir del recurso fiscal sino cuando se trata de una absolución y el caso, aquí, finalizó por una condena irrecurrible para el acusador; en segundo lugar, para conceder excepcionalmente el recurso, la Cámara adujo una razón relativa a la inconstitucionalidad federal, contra la validez de una ley del Congreso de la Nación, afirmada en la sentencia de primera instancia, descripción que explica sin mayor aditamento la existencia de un problema constitucional, en el sentido del art. 27 de la ley 402.

Dentro de un panorama algo confuso estimo acertada la concesión del recurso de inconstitucionalidad, circunstancia que, según se observará, conduce, en principio, a la anulación de la sentencia de Cámara y a dejar incólume la sentencia de primera instancia.

Es correcta la afirmación de que la ley procesal local instituye como tribunal de mérito de primera y última instancia para el acusador, en caso de condena, al juez contravencional que realiza el debate. Ello emerge claramente del texto del art. 61, inc. 1º, L.P.C., que sólo concede recurso al acusador en caso de absolución. Para apartarse de esta regla, que efectivamente rechaza la competencia de apelación de la Cámara en este caso, ella invocó —sin correlato en el recurso— una razón de derecho federal, constitucional: la competencia de la CSJN para decidir en casos en los cuales una ley del Congreso era afirmada como inválida por un juez local (art. 14, inc. 1º, ley nacional 48), y alegó, también, cierta jurisprudencia de la CSJN sobre tribunales locales intermedios, en razón de lo cual consideró procedente el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 474, CPPN (conf. art. 55, L.P.C.). La Cámara, en realidad, no sólo era incompetente normativamente (en abstracto), sino que, además, como bien lo señala el voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz (punto 8, párr. 2º), ella decidió sin agravio —esto es, extralimitó su competencia concreta sobre el caso—, pues el fiscal en momento alguno de su presentación expone como tal el fundamento por el cual la Cámara le concedió el recurso: la inconstitucionalidad de la regla que limita su recurso por una razón de derecho federal.

Empero, además, a pesar de que me reservo la opinión acerca de la interpretación de aquello que significa “tribunal superior” en el encabezamiento del art. 14 de la ley 48, resulta claro que si la argumentación de la Cámara fuera totalmente correcta, el acusador debería haber planteado su recurso extraordinario federal contra la sentencia recaída en única instancia o, conforme a la jurisprudencia de la CSJN que la misma Cámara cita (“Strada”, *Fallos*, 308:490 y “Di Mascio”, *Fallos*, 311:2478), ante este Tribunal, para el caso, intermedio, según las sentencias mencionadas —posiblemente requerir la inconstitucionalidad de la limitación recursiva para el caso—. El acusador recurrente, en cambio, prefirió plantear su recurso ante un tribunal incompetente para resolverlo e incompetente para decidir sobre el mérito en el caso constitucional que nos ocupa. Ello implica que perdió la oportunidad, sometiendo

da a plazo, de plantear el remedio que, al menos abstractamente, en opinión de la Cámara, debió ejercer frente a la sentencia que le era parcialmente desfavorable. Por lo demás, el argumento que sostiene la tesis del fiscal —razones de *legalidad*— es, sino idéntico, similar a aquel que en algunos derechos comparados faculta a la Fiscalía —y no sólo en materia penal— a recurrir “sólo en favor de la ley”, esto es, a plantear un recurso que no cambiará la situación de su opositor, sino que, antes bien, sólo podrá tener la virtud de conseguir una interpretación distinta a la de la sentencia recurrida por imperio de la opinión de un tribunal superior. Este recurso “en favor de la misma ley” no es una facultad atribuida en nuestro sistema al Ministerio Público. De tal manera, el argumento base del recurso de apelación de la Fiscalía, que provocó su concesión por la Cámara, es, en verdad, insuficiente e inconsistente. Todo ello con prescindencia de que la Fiscalía aprovecha la coyuntura para requerir una pena superior, con lo cual —si se quiere hipócritamente— se ha abstraído de su invocación sólo en favor de la legalidad.

Conforme a ambos argumentos expresados (la incompetencia de la Cámara en abstracto y en concreto), la concesión del recurso de inconstitucionalidad defensivo por la Cámara no sólo es procedente en sentido formal sino, también, en sentido material, aunque por razones diferentes a aquellas que la Cámara tuvo en cuenta para conceder el recurso y por razones semejantes a las invocadas por la defensa. Existe, en el caso, una cuestión constitucional en función de las siguientes reglas, expresadas sintéticamente: *a*) el llamado principio acusatorio (art. 13, inc. 3º, CCBA), puesto que la medida de la competencia de la Cámara al decidir la admisibilidad del recurso acusatorio la fijaba el agravio de la Fiscalía (art. 445, I, CPPN; conf. art. 55, L.P.C.); *b*) existe una lesión a la formalización legal del procedimiento, en tanto quien impugna la sentencia de primera instancia no está facultado para recurrir (art. 432, CPPN; conf. art. 55, L.P.C.); *c*) se verifica un desconocimiento de la llamada prohibición de la *reformatio in peius*, debido a que, si la regla que antecede es correcta, la nueva sentencia se pronuncia, al menos parcialmente, en disfavor de quien tenía derecho a recurrir (art. 445, III, CPPN; conf. art. 55, L.P.C.); si bien la pena única es idéntica a la impuesta en primera instancia, no lo es la sanción por el hecho que se juzga (recuérdese que el recurso de apelación de la defensa siempre requirió una pena menor; la Cámara pudo arribar a esa pena de no haberse excedido al tratar el recurso fiscal); y *d*) se advierte, también, la posibilidad de conceder al fiscal una nueva posibilidad que conduzca a una sentencia más grave que la decidida en la única instancia prevista por la ley. En verdad, todos estos principios están vinculados a aquello que en la Constitución Nacional implica el derecho de defensa (art. 18) y la estructura de un juicio público (art. 75, inc. 12).

En consecuencia, las afirmaciones precedentes conducen a tener por firme la sentencia de primera instancia, en cuanto condena al acusado por un título delictivo específico, cualquiera que sea su acierto o desacierto, y más allá de aquello que explicaré en el punto siguiente de este voto.

7. Puede observarse que la defensa, desde su recurso de apelación ante la Cámara, aboga por una nueva medición de la pena por el hecho y de la pena única, en busca de una pena más favorable. Sucintamente, vuelve sobre el particular en el recurso de inconstitucionalidad, al formular su pedido.

Dado el tono del argumento empleado por la Cámara para resolver el recurso acusatorio —procedencia de la agravante— ella no trató como tribunal de mérito esta parte del recurso de apelación de la defensa, para cuya decisión era, efectivamente, competente. La sentencia de la Cámara lesiona, en consecuencia, el derecho de defensa del acusado al omitir referirse a agravios concretos expresados en el recurso planteado por el defensor oficial (arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; 13, inc. 3º, CCBA; 8º, inc. 1º, CADH y 14, inc. 1º, PIDCP).

El caso se detiene ahora en la sentencia de primera instancia, recurrida por este motivo por la defensa que, superado el inconveniente del recurso acusatorio, tiene derecho a que la Cámara, con otra integración (art. 173, CPPN; conf. art. 55, L.P.C.), se ocupe de este motivo de apelación para promoverlo o rechazarlo. En este sentido, se debe devolver el caso a la Cámara parcialmente para que ella examine el agravio relativo a la medición de la pena, con la aclaración de que el título condenatorio de primera instancia ha quedado firme, según lo expuesto anteriormente.

8. No vale la pena, entonces, conforme a la solución de este fallo, ocuparse de los motivos expuestos en los demás puntos que cuestionan la sentencia de la Cámara. Sin embargo, párrafo aparte merece el problema de la reincidencia con relación al principio de culpabilidad y con referencia a una eventual condenación condicional, agravio que, según la Cámara, no permite la apertura del recurso por inconstitucionalidad. No parece que este agravio pueda, en abstracto, desestimarse con relación a todo principio constitucional, pero, en el caso, como lo expresa mi colega, el señor juez Luis F. Lozano, en el punto 5 de su voto, carece de actualidad (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.’”, expte. n° 3562/04, sentencia del 25/2/2005), razón por la cual el recurso ha sido bien denegado a este respecto.

9. Por lo tanto, voto por rechazar la queja interpuesta por la defensa, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad —en el sentido de anular la sentencia de la Cámara y dejar firme la sentencia de condena de primera instancia y su título condenatorio— y devolver el asunto a la Cámara para que, con otra integración, trate el agravio restante planteado en el recurso de apelación de la defensa, relativo a la medición de la pena.

10. Frente al rechazo de la queja del recurrente expuesto en el punto anterior, considero pertinente aclarar que, según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, resolución como juez de trámite en el expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3º, inc. a], ley 327), no

corresponde intimar al defensor oficial (órgano del Ministerio Público según la propia CCBA) para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado. Vale aclarar que menos aún pesa ese deber sobre el recurrente, puesto que, en este caso, ha sido concedido un beneficio de litigar sin gastos en favor de su defendido (fs. 20/21, incidente de beneficio de litigar sin gastos). En consecuencia, resulta evidente que, sobre el punto, el defensor oficial tuvo razón al plantear su petición originaria.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La sentencia condenatoria dictada por el señor juez de primera instancia (fs. 390/410) fue apelada tanto por el condenado (fs. 424 *in forma pauperis*, fs. 437/447 vta. fundamentos) como por la Fiscalía (fs. 413/421 vta.).

El día 9 de marzo de 2005, el señor juez de primera instancia resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Lemes y denegar el interpuesto por la Fiscalía.

Para fundar la denegatoria, el señor juez señaló que el art. 61 de la ley 12 sólo permite la apelación del Ministerio Público Fiscal frente a sentencias absolutorias en las que se haya producido una errónea aplicación de la ley sustantiva. En el presente caso, agrega, la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el 189 bis (2), párr. 8° del C.P. (texto según ley 25.886) de la que se agravia el fiscal, se ha producido en el marco de una sentencia condenatoria razón por la cual aquel no posee legitimación para apelar.

Frente a la denegatoria del recurso, el fiscal acude en queja ante la Cámara (fs. 531/543). El día 19 de mayo de 2005 la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas resuelve declarar admisible la queja y conceder el recurso interpuesto por el señor fiscal contra el punto dispositivo VI de la sentencia de primera instancia que declara la inconstitucionalidad de la agravante, y consecuentemente contra el punto II (en el que se condena al Sr. Lemes a la pena de dos años y nueve meses de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal). La defensa, notificada de la resolución, recusó a los camaristas intervinientes, impugnación que fue rechazada.

2. Los argumentos centrales de la sentencia de Cámara que declaró parcialmente admisible la queja y concedió el recurso fiscal fueron expuestos fundamentalmente en el voto del juez Vázquez. Allí se rechaza la interpretación del art. 61, de la ley 12 en la que el fiscal fundó su apelación. No obstante ello, sorpresivamente el Sr. camarista introduce como cuestión problemática y “paradójica” la circunstancia de que en el ordenamiento local el señor juez de primera instancia, en situaciones como la de autos, es la máxima instancia judicial. A partir de esta preocupación —ajena a los términos en que

fue planteada la apelación por parte del señor fiscal— el Dr. Vázquez, en atención a la interpretación que hace del precedente “Di Mascio”, concluye que es necesario ordenar pretorianamente el procedimiento de forma tal que exista una instancia revisora en el ámbito local en situaciones como las de autos. A tal fin recurre a la aplicación supletoria del art. 474 CPPN que regula el recurso de inconstitucionalidad ante la sala de casación y atribuye esta competencia a la Cámara.

El 17 de noviembre de 2005, la Cámara trató ambos recursos y decidió revocar la declaración de inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis (2), último párrafo, C.P. (texto según ley 25.886) y confirmar la condena del Sr. Lemes “modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedente dolosos contra las personas y por el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta que se fija en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3º, 45, 189 bis (2), último párrafo del C.P. —texto según ley 25.886— y 530, 531, 533 del CPPN)”.

3. Frente a esta decisión la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 670/688 vta.). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas resolvió concederlo parcialmente, en lo relativo “a los agravios vinculados con la apertura del recurso del señor fiscal de primera instancia y con la declaración de constitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas y por el uso de armas” (fs. 699). El rechazo de los restantes agravios motivó la interposición del recurso de queja por parte de la defensa (fs. 870/883 vta.).

En esa presentación la recurrente critica de forma suficiente la denegatoria de la Cámara, lo que habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.

4. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa alega que la apertura del recurso fiscal por parte de la Cámara lesionó:

- a) el derecho al recurso de su defendido (art. 13.3, CCBA), pues entendiéndose que ese derecho, en tanto garantía constitucional, está reservado exclusivamente al imputado;
- b) el principio de legalidad (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA), al aplicarse una normativa que no corresponde y en contra del imputado, ya que la ley local regula el recurso de inconstitucionalidad pero para otra instancia (para recurrir un fallo de la Cámara con el objeto de que conozca el TSJ) y a favor no del fiscal, sino del imputado;
- c) el principio acusatorio (art. 13.3, CCBA), puesto que si en materia recursiva la impugnación es la medida de la jurisdicción no puede el tribunal de alzada suplir la supuesta omisión en la que incurre la Fiscalía (esto es, que si el fiscal hubiera creído aplicable al caso el

art. 474, CPPN así debió haberlo planteado en lugar de interponer el recurso en los términos del art. 61, inc. 1°);

- d) la prohibición de la *reformatio in peius* pues es el recurrente quien fija los límites del conocimiento y si el fiscal recurrió mal, por el motivo que fuere, su recurso no puede ser abierto y la situación es idéntica a aquélla en la que no hubiera existido recurso fiscal; en consecuencia, sólo quedaría en pie el recurso del imputado, por lo que analizar el fondo del planteo del fiscal —tal como lo hizo la Cámara— implica violar la prohibición de la *reformatio in peius* derivada del derecho de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA);
- e) y, por último, la imparcialidad del tribunal, dado que la Cámara, al modificar la vía recursiva intentada por el fiscal transformando la queja por apelación denegada en una queja por inconstitucionalidad del art. 474, CPPN denegada, abandonó la posición de tercero ajeno al conflicto y se inclinó indebidamente a favor de la acusación (fs. 675/678).

En consecuencia, el defensor solicita que se revoque la condena de la Cámara de Apelaciones por la figura agravada, que fue consecuencia de la ilegal apertura del recurso fiscal contra la sentencia de primera instancia y de la favorable acogida de la petición del Ministerio Público Fiscal por los jueces de la Cámara.

5. En primer lugar cabe señalar que respecto de los agravios referidos a la nulidad de la detención, y a la alegada inconstitucionalidad y/o inaplicabilidad de la reincidencia al caso, el recurso de inconstitucionalidad no resulta admisible por los argumentos expuestos por mi colega Maier en el apartado 5 de su voto y los desarrollados en el precedente “Prescava”.

Por lo tanto, el Tribunal debe ahora decidir en el marco de la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, y de la actuación contra *legem* de la Cámara al hacer lugar a la queja del fiscal y por tanto admitir su apelación. Así es que la Cámara dicta la sentencia del 17/11/2005 que motiva el recurso de inconstitucionalidad de la defensa y el pedido de nulidad de la resolución del 19 de mayo.

6. Lo cierto es que bajo ninguna circunstancia la Cámara pudo resolver como lo hizo. La ley 12, en su art. 61, inc. 1° (modificación introducida por ley 1287), establece que el Ministerio Público Fiscal puede recurrir la sentencia definitiva en el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva “y sólo en el caso de sentencia absolutoria”.

En la causa que nos ocupa el debate había concluido con una sentencia de condena por la figura básica, ya que la figura agravada fue declarada inconstitucional por el juez de primera instancia (fs. 390/410).

7. No obstante lo dispuesto claramente por el legislador local en el art. 61, inc. 1°, de la ley 12, y de que en la causa había recaído una sentencia con-

denatoria, la Cámara hizo lugar a la queja por apelación denegada presentada por el Ministerio Público Fiscal, aunque en los términos del art. 474, CPPN (recurso de inconstitucionalidad), a su juicio de aplicación supletoria en virtud del art. 55, ley 12, dada “la excepcionalidad del caso” (fs. 558/567).

En efecto, después de llegar a la conclusión de que el legislador local ha limitado el recurso del fiscal al supuesto de sentencia absolutoria y al motivo de errónea aplicación de la ley sustantiva, en la sentencia de Cámara se afirma que en el caso se ha configurado una situación de excepción que amerita la concesión de recurso al fiscal. Así, sostienen los jueces de la Cámara que ante la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, 2, párr. 8º, del C.P. efectuada de oficio por el juez de primera instancia se configuró una cuestión federal compleja directa que habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del recurso extraordinario federal (art. 14.1, ley 48). En consecuencia, consideró que no resultaba factible clausurar el debate acerca de dicha cuestión en el ámbito local y convertir al juez de grado en la máxima instancia judicial que la resuelva definitivamente, sin sustanciación previa y sin recurso posterior. Asimismo advirtió que tampoco sería exitoso para el fiscal plantear directamente el caso ante la CSJN, en función de la doctrina sentada primeramente en los precedentes “Strada” (*Fallos*, 308:490), luego ratificada y precisada en el caso “Di Mascio” (*Fallos*, 311:2478).

Todo ello llevó a la Cámara a realizar una interpretación según la cual, en situaciones como la de autos en las que eventualmente podría plantearse una cuestión federal, el fiscal cuenta con el recurso de inconstitucionalidad regulado en el art. 474, CPPN.

8. Sin embargo, la decisión de la Cámara de concederle recurso al fiscal contra la sentencia condenatoria de primera instancia, a pesar de la precisa regulación del legislador local (art. 61, inc. 1º, ley 12) que sólo lo admite cuando se trata de una sentencia absolutoria, no está sustentada en el caso sobre argumentación suficiente. Ello es así, al menos, por dos razones:

En primer lugar, porque ya el mismo punto de partida de la Cámara es erróneo, dado que la existencia de un caso federal, por sí sola, no puede suplir las deficiencias argumentativas y de fundamentación del recurrente. Incluso la propia CSJN en jurisprudencia constante ha dicho que de existir obstáculos procesales locales para plantear una cuestión federal, el interesado deberá impugnar su constitucionalidad (conf., entre otros, *Fallos*, 310:324; 312:627; 314:916; y 324:1733). Pese a tan clara jurisprudencia, el fiscal, al interponer el recurso contra la sentencia de primera instancia en virtud del art. 61, ley 12, no impugnó en forma fundada ni suficiente la limitación establecida a su respecto en el inc. 1º de esa misma regla, que le impedía recurrir la sentencia de autos (fs. 413/421 vta.).

En segundo lugar, con respecto al recurso de inconstitucionalidad regulado por el art. 474, CPPN, la ley es prístina: sólo lo admite si en el proceso se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una norma y la sentencia fuere contraria a las pretensiones del recurrente. Ello, claramente, no es lo que sucedió en el caso que nos ocupa, en el cual la decisión cuestionada por el fiscal declaró la *inconstitucionalidad* de la norma en cuestión y, en consecuencia, su no aplicación. El fiscal, al sostener en cambio la constitucionalidad de la norma y su aplicación al caso, cuestionó la inobservancia de la regla material no aplicada porque fue considerada inconstitucional (motivo expresamente previsto en la letra *a*, inc. 1º, art. 61, ley 12). En definitiva, lo afirmado por la Cámara no alcanza a conmovir la precisión de la regla en cuestión: una sentencia que declare la inconstitucionalidad no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en los términos del art. 474, CPPN.

En consecuencia, asiste razón a la defensa quien señala que la condena dictada por la Cámara contra su defendido en virtud de la figura agravada es inválida.

9. Por las razones expuestas en los apartados precedentes y por los fundamentos que comparto y fueran expresados por el juez Maier, corresponde, a mi juicio, admitir la queja; rechazar el recurso de inconstitucionalidad por los agravios que motivaron el recurso directo de la defensa; y hacer lugar en lo demás al recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia la sentencia de Cámara es nula, y la sentencia de primera instancia está firme en lo que fue motivo de agravio por parte del señor fiscal.

Por ello voto por devolver la causa a la Cámara para que con otra integración considere, en el marco exclusivo de su competencia como tribunal de apelación, la cuestión relativa a la medición de la pena.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 870/883 vta.

2º. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad en cuanto al agravio vinculado con la apertura del recurso del señor fiscal de primera instancia.

3º. *Confirmar* la sentencia recurrida en el punto referido a la impugnación del art. 189 bis, 2, último párrafo, del Código Penal.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

CXXXVII

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL
EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA
POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO,
EN: ‘HERRERO, NELLY OLGA S/INF. ARTS. 40 Y 41, CÓD. CONTRAV.’”

RECURSO DE QUEJA: Vicios de procedimiento. Vinculación de los agravios con la sentencia de condena. Sentencia definitiva. Presentación extemporánea del recurso. Doctrina de “los frutos del árbol envenenado”. Derecho al recurso. Caso constitucional. Constancia de las declaraciones testimoniales en el acta de debate. Notificación de la fecha de audiencia. Nulidad de la convocatoria al debate. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales. Derecho procesal local. Exhibición de fotografías en el debate. Principio de lesividad. Diferimiento del pago del depósito al resultado del beneficio de litigar sin gastos

Expte. nº 4626/06 - 19/7/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas resolvió el día 24 de febrero de 2006 (fs. 124/129): *I)* declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la decisión de esa misma Sala, de fecha 30/3/2005 (fs. 42/47 vta.), que confirmó parcialmente la decisión del juez de primera instancia en cuanto no hizo lugar a una serie de planteos de nulidad —relativos a los procedimientos policiales del día 6/8/2004, la declaración de la imputada a tenor del art. 41, L.P.C. y el requerimiento de elevación a juicio efectuado por el Fiscal en autos—; y *II)* no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa contra la sentencia de fecha 10/11/2005 (fs. 94/103), que confirmó la condena impuesta en primera instancia a la pena de 30 horas de trabajos comunitarios en el Hospital de Niños Pedro Elizalde, en orden a la contravención prevista en el art. 40 de la ley 10, imputada a la Sra. Herrero.

2. Al rechazar el recurso de inconstitucionalidad los jueces consideraron que, más allá de haber sido incorporadas en una única presentación, el defensor dedujo dos pretensiones autónomas. Por ello decidieron analizar, en primer lugar, la admisibilidad del recurso interpuesto contra el fallo dictado oportunamente en el incidente de nulidad formado en la causa (fs. 42/47vta.) y luego la impugnación articulada contra la resolución que confirmó la condena de la Sra. Herrero (fs. 94/103).

Respecto de la impugnación mencionada en primer término, los jueces sostuvieron, básicamente, que el recurso de inconstitucionalidad se dirigía a impugnar lo resuelto el 30/3/2005 por esa sala y resultaba entonces inadmisibles por haber sido presentado en forma extemporánea y estar dirigido contra un decisorio firme.

En torno a la impugnación interpuesta contra lo resuelto a fs. 492/501 de los autos principales (fs. 94/103), los jueces expusieron que el defensor no logró —en ninguno de los puntos del recurso— estructurar un verdadero caso constitucional (véase fs. 124/129).

3. Contra la resolución mencionada precedentemente el defensor de la Sra. Herrero interpuso recurso de queja (fs. 132/153). En su presentación, el recurrente expuso los antecedentes del caso, criticó la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad y reiteró los agravios que le causó a su defendida lo resuelto por la Cámara de Apelaciones:

a) En primer lugar —respecto de la decisión de la Cámara de considerar por un lado inadmisibles su presentación por estar dirigida en forma extemporánea contra un decisorio firme—, la defensa de Herrero sostiene, básicamente, que tal decisión cercena el derecho al recurso constitucionalmente garantizado a todo imputado (art. 8º.2.h, CADH, art. 75, inc. 22, C.N.) en tanto el criterio expuesto “conduciría a la imposibilidad de generar un caso constitucional por vicios del procedimiento durante la investigación, conclusión a todas luces inadmisibles” (fs. 133).

El defensor reitera entonces sus planteos relativos a supuestos vicios del procedimiento previo al debate, bajo los títulos: “la insusceptibilidad de comiso de los bienes”, “la obediencia a la advertencia de cese” y “la no intervención fiscal” (vulneración del derecho de propiedad y el principio de inocencia de su defendida —arts. 17, C.N. y 12.5, CCBA y 18, C.N.; art. 8º.2, CADH, y art. 14.2, PIDCP—). Sintéticamente, el defensor insiste, en su recurso de hecho, en alegar la existencia de nulidades acaecidas durante el procedimiento, a las que otorga carácter absoluto en razón de afectar las garantías constitucionales a las que se refiere, y cuyo acogimiento debiera necesariamente llevar a la adopción de un temperamento desincriminante para su defendida en razón de la aplicación de la doctrina de ‘los frutos del árbol envenenado’ y atento que, en sus palabras, “la nulidad originará la caída de la validez del ‘cuerpo de la contravención’, constituida, en el caso, por el conjunto de elementos secuestrados que eran, precisamente, los que, según la imputación, (...) eran capaces de producir un daño...” (fs. 138 vta.).

Subsidiariamente, la defensa repite sus planteos relativos a “la nulidad del acta que contiene la declaración prestada a tenor del art. 41 L.P.C.” y “la nulidad del requerimiento de elevación a juicio” en razón de la vulneración del derecho a ser oído y el principio de congruencia, integrantes de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio —arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA—

en tanto, a su criterio, existió una defectuosa descripción de los hechos impugnados a Herrero en dichos actos y una ausencia de justificación en el pedido de pena efectuado por el representante del Ministerio Público Fiscal en su requerimiento.

b) Seguidamente, el defensor de Herrero reitera los agravios dirigidos a impugnar específicamente la sentencia de fs. 94/103:

- i) *Nulidad del acta de debate obrante a fs. 66/72 vta.*: El recurrente considera que se omitió efectuar una reseña mínima que permitiera un análisis de la razonabilidad de la valoración efectuada por el juez de primera instancia respecto de lo expresado por los testigos durante el debate —a criterio de la defensa la síntesis del fallo no se corresponde con lo efectivamente declarado en la audiencia—. Alega el recurrente que ello vulneró el derecho de defensa y la garantía constitucional de la doble instancia en cabeza de su defendida (arts. 8.2.h, CADH, 14.5, PIDCP y 75 inc. 22, C.N.) y que, entonces, corresponde “anular el acta de debate y todo lo actuado en consecuencia” (fs. 145).
- ii) *Nulidad de la convocatoria a la audiencia de debate*: Subsidiariamente, el defensor alega que, en razón de haberse omitido notificarlo formalmente de la fijación de dicha audiencia con diez días de antelación (arts. 45 y 13, L.P.C.) se vulneró el derecho de defensa en juicio de su asistida (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA).
- iii) *Nulidad del debate y la sentencia*: Otra vez subsidiariamente, el recurrente considera que debe declararse la nulidad del debate y de la sentencia en razón de haberse exhibido a los testigos y valorado como elemento probatorio de cargo, fotografías obtenidas en ocasión de un hecho que originariamente fue materia de este proceso pero respecto del cual la Sra. Herrero resultó absuelta en la etapa preliminar del debate. Se agravia también del trámite dado por el juez de primera instancia a la reposición que interpuso la defensa durante el debate para evitar la exhibición de las vistas fotográficas mencionadas. Invoca como sustento de este agravio la vulneración de la garantía de defensa en juicio —contradictorio y control de la prueba que ingresa al debate.
- iv) *Falta de acreditación del daño exigido por el principio de lesividad*: Finalmente y en subsidio, el defensor de Herrero sostiene que no se demostró durante el debate la existencia del peligro de daño que requiere el tipo del art. 40, Cód. Contrav. sino todo lo contrario. Así, considera que la interpretación de la Cámara vulnera el principio de lesividad (arts. 19, C.N. y 13.9, CCBA).

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, propugnanó la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto (fs. 159/160 vta.).

El representante del Ministerio Público —del mismo modo que la Cámara— entendió que la defensa interpuso en realidad dos recursos, y, consecuentemente los analizó por separado. La impugnación relativa a la decisión de la Cámara que confirmó parcialmente la resolución que no hizo lugar a los planteos de nulidad efectuados por la defensa, resulta, a criterio del señor fiscal general adjunto, extemporánea, “en tanto luego de interpuesto el recurso de inconstitucionalidad que fuera declarado inadmisibile, no reiteró el planteo en el momento procesal oportuno, cual es el debate” (fs. 160).

Finalmente, respecto del recurso que ataca la sentencia condenatoria de segunda instancia, el señor fiscal general adjunto considera que el planteo de la defensa no excede del mero disenso con la decisión judicial impugnada —que le resultó adversa—, y que omite la introducción de alguna cuestión constitucional que resulte hábil para acceder a esta instancia de excepción.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y con sujeción a los recaudos formales establecidos en el art. 33 de la ley 402.

2. En primer lugar habré de referirme a las críticas del defensor concernientes a lo dispuesto en el punto I de la resolución de fs. 124/129.

La defensa explicó en el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 105/123 que “(...) se incluirá en [él] la impugnación a la resolución dictada el 30 de marzo [del mismo año], por esa Sala II de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (...), en lo que se refiere a la confirmación del rechazo dispuesto por el juzgado de primera instancia respecto de las nulidades planteadas por (...) [la] defensa”, aclarando incluso que la Sala había rechazado un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su momento contra aquella resolución con fundamento en que no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable a tal. Consideró el recurrente que “ya se cuenta en autos con el dictado de una sentencia con carácter de definitiva en relación al hecho acaecido el 6 de agosto de 2004, por lo que los agravios en relación a los vicios del procedimiento que provocan caso constitucional cobran virtualidad y deben, ahora sí, ser examinados por el Tribunal Superior de Justicia, local” (fs. 105/vta.).

Como se reseñó en los resultandos, los integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones declararon inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad respecto de los agravios relacionados con aquellos supuestos vicios producidos durante la etapa anterior al debate, por haber sido presentado en forma extemporánea y dirigirse contra un decisorio firme —la resolución de fecha 30/3/2005— (fs. 42/47).

El defensor se queja ahora respecto de esta cuestión argumentando que el criterio puesto en evidencia por la Cámara, en definitiva, impide cualquier

posibilidad de recurso ante este Tribunal en caso de existir agravios relacionados con “vicios durante la investigación”. Entiende el recurrente que, de confirmarse la posición de la Cámara, antes de dictada la sentencia sería demasiado pronto para recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia, y *después de dictada, demasiado tarde* (véase fs. 133 vta.).

Así planteada esta cuestión, entiendo que la presentación resulta improcedente. El defensor debió impugnar exclusivamente —como lo indica también el señor fiscal general adjunto— la sentencia condenatoria, que es en el caso la ‘sentencia definitiva’ a la que se refiere el art. 27 de la ley 402. Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, ello no implica que la defensa se encuentre impedida de agravarse por cuestiones relativas a supuestos vicios acaecidos durante la investigación —máxime de tratarse de posibles nulidades de carácter absoluto—, siempre y cuando el imputado vincule concretamente sus agravios con la sentencia de condena y los haya planteado en forma y tiempo oportunos.

A este respecto debo decir que, si bien la presentación de fs. 132/153 incluye una reseña de los agravios que a criterio de la defensa de la Sra. Herrero pueden desprenderse de la forma en la que se llevaron adelante ciertos actos del procedimiento previos a la fijación de audiencia de debate, una mirada indulgente del recurso de hecho articulado no alcanza para soslayar el yerro. Ello así toda vez que no se ha efectuado en la presentación en estudio una concreta y directa vinculación entre los agravios señalados y la sentencia condenatoria dictada en esta causa. En efecto, la defensa no sólo expresamente indica su voluntad de impugnar una resolución dictada meses antes que la sentencia de condena —lo que de por sí descalifica su argumento—, sino que omite indicar cómo las circunstancias a las que alude implican concretamente afectaciones a derechos constitucionales que redunden en forma directa en la sentencia condenatoria de fs. 94/103. Por lo contrario, se limita meramente a apuntar, sin argumento alguno, que corresponde aplicar al caso la “doctrina denominada de ‘los frutos del árbol envenenado’” (*sic*, fs. 138 vta.) y que debe estarse a lo que llama originalmente la invalidez del “cuerpo de la contravención” (véase fs. 138 vta./139 párr. 1°).

Por lo tanto, la queja debe ser rechazada a este respecto. Las alegaciones de la defensa en el sentido que convalidar el criterio de la Cámara en torno a la extemporaneidad del recurso violaría su derecho a recurrir (véase fs. 133) no logran conmover las afirmaciones precedentes, en tanto es justamente la queja en estudio el instrumento legalmente previsto para el caso en que —como ocurrió en autos— se vede a la defensa el acceso a esta instancia extraordinaria.

3. En lo que sigue me referiré a los argumentos que el recurrente utiliza para objetar la sentencia de condena obrante a fs. 94/103.

El agravio que la defensa construye a partir de la alegada vulneración del derecho de defensa en juicio y el derecho al recurso (arts. 8.2.h, CADH y

14.5, PIDCP) no resulta idóneo para demostrar la existencia de un caso constitucional. El defensor sostiene que la ausencia de —al menos— una mínima reseña de lo dicho por los testigos del juicio y la intervención de las partes durante el debate en el acta respectiva, impide el examen de razonabilidad que los jueces de la Cámara deben efectuar respecto de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia y asegura —a modo de ejemplo— que la síntesis que en el fallo efectúa el juez que presenció el debate no se corresponde con lo efectivamente declarado por dos de los testigos (Flores y Bustinza) durante el juicio.

Tal circunstancia podría eventualmente implicar una cuestión constitucional; sin embargo el defensor no ha logrado criticar en ese plano lo resuelto por los jueces de mérito y no triunfa al intentar desvirtuar los argumentos que llevaron a la Cámara a declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad a este respecto. En otras palabras, la defensa no ha logrado vincular los derechos constitucionales que invoca con las particularidades del caso. En primer lugar, la afirmación genérica respecto de la ausencia de constancias actuariales de los dichos de los testigos resulta claramente insuficiente para articular una cuestión constitucional, máxime, como lo afirma el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 160 vta.), si se tiene en cuenta que en ningún momento el defensor solicitó que se dejaran en el acta las constancias que ahora reclama. En segundo lugar, en cuanto a los “ejemplos” a los que se refiere el defensor, sus afirmaciones no dan cuenta más que de su disconformidad con la valoración de la prueba efectuada por el juez de primera instancia, que le resultó desfavorable. Nótese que aquel juez tomó en cuenta sus alegaciones respecto de lo supuestamente dicho por el testigo Flores, pero al analizar dicho testimonio en forma integral y en conjunto con los restantes elementos incorporados al juicio, lo valoró de manera desfavorable para la imputada (fs. 77, 79 vta., 80 vta./81 vta.) En cuanto al testigo Bustinza, lo alegado por la defensa es insostenible puesto que no hay diferencias sustanciales entre lo afirmado por el juez respecto de sus dichos y lo que a criterio de la defensa dijo el testigo durante el debate (véase fs. 77 vta., 79 vta. y 81).

Claramente las cuestiones señaladas por la defensa en este punto se limitan a la valoración que de los testimonios realizó el juez del debate, materia ajena a la competencia de este Tribunal en tanto no se articuló correctamente una cuestión constitucional que habilite su intervención en los términos del art. 27 de la ley 402.

Por lo tanto, también por este motivo la queja debe ser rechazada.

4. Subsidiariamente el defensor de la Sra. Herrero planteó la nulidad de la convocatoria al debate en razón de no haber sido notificado de la fijación de dicha audiencia con diez días de antelación (arts. 45 y 13, L.P.C.). A criterio de la defensa el hecho de no respetarse el plazo legalmente establecido para aquella citación a juicio vulnera la garantía de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA). Por su parte, la Cámara consideró que el defensor no

había demostrado el perjuicio que la situación descripta le habría ocasionado a su defendida y que el recurso de inconstitucionalidad solamente exhibe un desacuerdo con la interpretación de una norma de derecho procesal local.

Tal como lo sostuvo la Cámara al momento de declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, el cuestionamiento en este punto se limita a exponer meras discrepancias con el juez de la causa sobre aspectos vinculados con la interpretación y aplicación de disposiciones infraconstitucionales, de derecho procesal local (arts. 45 y 13, L.P.C.), materia que, por regla, resulta ajena a la competencia de este Tribunal.

En el caso, la audiencia de debate fue en primer lugar fijada para el día 5 de octubre de 2004 y resultó a continuación suspendida en varias oportunidades. Finalmente, y sin que en el ínterin se incorporara o solicitara la producción de nueva prueba, se fijó audiencia de debate para el día 5 de julio de 2005. Si bien —según surge de los relatos que las partes y los jueces de la causa efectúan— la cédula de notificación correspondiente fue recibida con menor antelación a los 10 días a los que se refiere la ley procesal local, la fijación de audiencia había sido comunicada con anterioridad al defensor por teléfono.

Así las cosas, más allá de que la interpretación de los jueces de mérito respecto de la aplicación del plazo previsto por el art. 45, L.P.C. pueda ser discutible, las alegaciones del recurrente no bastan para demostrar que haya existido en el caso una inobservancia procesal susceptible de impedir a la Sra. Herrero el ejercicio regular de su derecho de defensa.

Por lo tanto, el recurso directo no puede prosperar por este motivo.

5. En torno del agravio relativo a la nulidad del debate y de la sentencia en razón de la exhibición y valoración como prueba de las vistas fotográficas obtenidas durante un procedimiento respecto del cual la Sra. Herrero resultó absuelta durante la parte preliminar del debate —planteo introducido en forma subsidiaria—, considero que fue correctamente rechazado por la Cámara.

En primer lugar —en lo que respecta al trámite dado por el juez durante el debate al planteo de reposición de la defensa de Herrero— porque el cuestionamiento se reduce a una cuestión de interpretación de normas procesales, ajena en principio al ámbito propio del recurso intentado, y el defensor no ha logrado vincular la cuestión debatida con la garantía constitucional invocada en forma concreta. En efecto, la defensa fue oída en relación con su oposición a la exhibición de esas fotografías a los testigos y tuvo oportunidad de alegar a ese respecto con posterioridad durante el debate. En segundo lugar, no se advierte la existencia de impedimento constitucional alguno para la introducción al debate de elementos de prueba como los del caso. La cuestión se relaciona en realidad —y esto me lleva al segundo argumento utilizado por la defensa— con la forma en que los jueces de mérito han valorado aquellos elementos, circunstancia que excede el ámbito de competencia de este Tribunal, máxime cuando no se ha demostrado una actuación arbitraria por parte de

los jueces de la causa. La mera invocación de normas constitucionales no resulta suficiente para soslayar la omisión de la defensa en este punto y corresponde entonces rechazar la queja a este respecto.

6. Finalmente, la presentación no correrá mejor suerte en torno al agravio vinculado con la supuesta vulneración del *principio de lesividad* por ausencia de acreditación del daño requerido por el tipo del art. 40, Cód. Contrav. En efecto, el desacuerdo, una vez más, no se da en el caso respecto de la extensión otorgada a la garantía constitucional que la defensa trae a colación (arts. 19, C.N. y 13.9, CCBA), sino respecto de la valoración de la prueba incorporada en el debate. El planteo articulado no excede de una discrepancia con la evaluación de los jueces de la causa que los llevó a considerar acreditada la certeza de peligro que reclama el principio que el defensor invoca. Claramente los argumentos del recurrente se circunscriben a indicar cómo debió valorarse la prueba en este caso, en tanto —según lo entiende el defensor— “la prueba recreada en el debate apoya la postura contraria a la sostenida en la sentencia” (fs. 149 vta.).

Así, los argumentos de la Cámara son correctos y el recurso es improcedente, pues se trata, en definitiva, de una cuestión de hecho y prueba en la que, en el caso y tal como ha sido introducido por la defensa, este Tribunal no puede incursionar.

7. Por último, en cuanto al depósito de ley corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos denunciado a fs. 131 (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Feng Chen Chih s/art. 40, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 2212, sentencia del 11/6/2003).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del Dr. José O. Casás, que muestra acabadamente que los agravios esgrimidos por la defensa carecen de relación directa con lo resuelto por el *a quo*.

En cuanto al depósito previsto en el art. 34, de la ley 402, el planteo efectuado por la defensa oficial (conf. mi voto en los autos “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3996/05, sentencia del 14/9/2005) me lleva a declararlo no exigible en esta causa.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa a fs. 132/153 —así como el planteo de inconstitucionalidad que ese recurso defiende— engloba, tal como lo explica el señor juez de trámite en su voto, dos pretensiones diferenciadas. En un primer momento, el recurrente cuestiona por inconstitucional la resolución de fecha 30/3/2005 (fs. 42/47 vta.) con relación a la convalidación por parte de la Cámara del rechazo de las nulidades esgrimidas respecto del accionar policial del día 6 de agosto de 2004 —sucintamente, la insusceptibilidad (*sic*) del comiso de los bienes, la obediencia a la advertencia de cese y la falta de intervención inicial de la Fiscalía—, así como también (de manera subsidiaria) la defensa alega la existencia de supuestos vicios del acta que contiene la declaración prestada por la Sra. Herrero a tenor del art. 41, L.P.C. y, por último, ella aboga por la nulidad del requerimiento de elevación a juicio.

En un segundo apartado, la defensa impugna por inconstitucional la sentencia de la Cámara de fecha 10/11/2005 (fs. 94/103) que confirmó la condena de primera instancia. Los motivos de esta sección del recurso responden a la posible nulidad del acta de debate, la defectuosa notificación a la defensa de la celebración de la audiencia de juicio, la nulidad del debate a raíz de la exhibición y valoración de ciertos medios de prueba y, en subsidio, a la hipotética falta de acreditación del daño requerido por el art. 40, Cód. Contrav., en detrimento de la exigencia de lesividad aplicable a toda conducta sancionada por la ley contravencional.

2. En cuanto a la impugnación constitucional de la resolución dictada por la Sala II de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas con fecha 30/3/2005, no cabe sino convalidar el auto denegatorio cuestionado por la queja bajo estudio. Resulta correcto afirmar, tal como lo expone la Cámara (fs. 124 vta.), que el recurso intentado ha sido interpuesto no sólo de modo *extemporáneo*, sino que, asimismo, él intentó atacar una sentencia que, fuera de toda discusión sobre el punto, reviste el carácter de *firme*. Prueba de ello resulta el hecho de que el recurrente, en su impugnación constitucional, no critica los argumentos esgrimidos por la Cámara al confirmar la condena impuesta por el juez de primera instancia sino que, confesadamente, la defensa ataca los fundamentos expuestos por ese tribunal al rechazar la apelación deducida en el marco de un incidente de nulidad ya concluido.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que un eventual recurso de queja contra la sentencia denegatoria del recurso de inconstitucionalidad deducido en el marco del incidente de nulidad tampoco hubiera prosperado en aquella oportunidad, puesto que la eventual tacha de inconstitucionalidad no se hubiera dirigido contra una *sentencia definitiva*. Lo antedicho se sustenta en el hecho de que los defectos alegados en aquel entonces pudieron subsanarse durante el curso del procedimiento, incluso por un resultado final favorable a

quien se encontrara perjudicado por el vicio (conf. mi voto en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/infracción art. 189 bis, párr. 3°, del CPN’”, expte. n° 4170/05, sentencia del 10/2/2006). A modo de ejemplo, en la causa bajo estudio, la Sra. Herrero podría haberse beneficiado, tras la celebración del debate, con una sentencia absolutoria por el hecho materia de recurso.

En otras palabras, la sentencia objetada por el recurrente en esta primera etapa de su presentación ante este Tribunal, no es recurrible ahora (por los argumentos expuestos por la Cámara al denegar el recurso intentado), ni lo fue entonces (por no tratarse de una decisión material conclusiva sobre el mérito de la acusación). Se trataba y se trata aún de una decisión interlocutoria y de última instancia (no recurrible en sí misma).

3. Ahora bien, puesto que la sentencia de fs. 73/83 y su posterior confirmación por parte de la Cámara revisten carácter condenatorio, no cabe sino concluir que el recurrente conservó el derecho o la facultad de hacer valer su criterio de invalidez en contra de una resolución perjudicial a su pretensión, no bien ella se fundara en actos viciados. Sin embargo, la *actualidad* de los agravios planteados ante este Tribunal por el recurrente no permite soslayar la introducción inválida, en esta etapa recursiva, de los cuestionamientos pretendidamente constitucionales con relación a los actos del procedimiento acaecidos con anterioridad al debate. En otras palabras, no basta con que la sentencia recurrida por inconstitucional sea condenatoria y, por ende, genere un agravio (perjuicio) al recurrente y su defendida. Resulta necesario que el acto cuya nulidad se persigue haya tenido influencia *decisiva* sobre la sentencia condenatoria, ya sea privándola de sus presupuestos, o bien, alterando sus requisitos de forma y contenido (conf. DE LA RÚA, Fernando: *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 80 y 81), puesto que esa resolución constituye el único objeto posible del recurso ahora intentado.

La conexión causal (empírica) —entre la lesión del derecho y el contenido de la sentencia— que expresa el defensor de la Sra. Herrero a fin de respaldar el temperamento desincriminante propuesto ante este Tribunal, se remite —en el caso de los motivos expresados en su recurso bajo el punto IV, 1, denominado, genéricamente “(l)a nulidad del procedimiento”—, a la mera mención de la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” y a la supuesta caída de la validez del “cuerpo de la contravención” (fs. 138 vta.).

La alegada imposibilidad de incorporar válidamente al proceso los efectos producto del secuestro en cuestión no resulta suficiente para intentar demostrar que, en efecto, esos elementos hayan sido valorados en la sentencia condenatoria y en su confirmación por parte de la Cámara. Asimismo, los conceptos citados por el recurrente tampoco logran exponer la alegada “ausencia de fuente independiente” o la caída (total) del “cuerpo de la contraven-

ción”, puesto que, sencillamente, el defensor en momento alguno de su tacha por inconstitucionalidad ponderó los argumentos brindados por los jueces sentenciantes al momento de decidir sobre el mérito de la acusación.

Asimismo, cabe destacar que, con relación a los agravios agrupados bajo los puntos IV, 2 y IV, 3 —nulidad del acta que contiene la declaración prestada a tenor del art. 41, L.P.C. y nulidad del requerimiento de elevación a juicio—, el recurrente desiste de toda explicación tendente a demostrar la conexión con los fundamentos de la sentencia de condena objeto del recurso de inconstitucionalidad. En este punto, vale remarcar que no basta, como parece creer la defensa, con argumentar que la condena resulta posterior a los actos que ella reputa nulos (“solicito a los señores jueces [...] dispongan la nulidad de todo lo actuado a partir del acto procesal viciado”, véase fs. 141), puesto que la interpretación de la regla citada no alcanza a este Tribunal por imposibilidad siquiera de analizar la procedencia o improcedencia de las nulidades incorrectamente introducidas en esta etapa procesal.

4. En este sentido, debo remarcar que uno de los yerros más frecuentes de este tipo de arquitectura de pensamiento es la creencia de que es posible y recomendable regresar hacia atrás en el procedimiento hasta hallar el acto viciado, como si el vicio provocara un camino a la inversa, desandar lo andado. Estimo que ya he dado algunos ejemplos de esta falsedad, llamada vulgarmente “nulidad de todo lo actuado”. En verdad, llevado a cabo el juicio público y dictada la sentencia es ella la que debe contener el vicio, derivado de su transcurso erróneo, para poder ser anulada. Esta afirmación también da respuesta al argumento, si se quiere ridículo, de que allí no hubo debate alguno y, por ende, la acción estaría prescripta. Como se conoce, el único motivo de interrupción de la prescripción de la acción en materia contravencional es, precisamente, la realización de la audiencia de debate (art. 31, Cód. Contrav.). Sostener que la audiencia no ha existido, maguer los yerros formales que pudo haber contenido o que contiene según la impugnación, significa negar la existencia de una realidad, realidad a la que únicamente se refiere la regla interruptiva antes citada. Esto da contestación anticipada a un argumento posterior de la defensa (fs. 149), que ella hace depender de ciertos defectos del debate, incluso de prohibiciones probatorias.

Por los argumentos expuestos hasta aquí, en el caso concreto bajo estudio, corresponde concluir que la facultad de la defensa relativa al planteo de diversas nulidades —acaecidas con anterioridad al debate y supuestamente lesivas de garantías constitucionales— frente a una sentencia material conclusiva, ha sido ejercida de manera defectuosa por el recurrente, de cara a los principios generales que rigen la materia recursiva de excepción. En conclusión, no cabe sino convalidar el auto denegatorio emitido por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas y, en consecuencia, la queja deducida ante este Tribunal en este aspecto no resulta triunfante.

5. En otro orden, y con relación a la segunda pretensión contenida en el recurso de queja bajo análisis —impugnación de la sentencia de la Cámara de fecha 10/11/2005—, adelanto mi opinión en el sentido de convalidar el auto denegatorio del tribunal *a quo* en todos sus fundamentos. En cuanto al primer motivo denominado “nulidad del acta del debate”, cabe señalar que, en principio, el acta en cuestión no contiene yerro alguno que elimine el debate por injusto (conf. punto 3 de mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Montero Montero, María Nela s/infrac. art. 71 del Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3739/04, sentencia del 9/3/2005). Sostener lo contrario equivale a fomentar la transformación de un juicio oral y público (el debate) en otro de carácter registrado y reservado, posibilidad descartada por la propia ley procesal aplicable al caso bajo estudio (art. 50, L.P.C.) (véase, también, puntos 2 y 3 de mi voto en “ADC c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3881/05, resolución del 15/3/2006).

En este sentido, el agravio de la defensa relativo a que la defectuosa confección del acta en cuestión “(...) imposibilita al tribunal de alzada (...) revisar la contradicción de lo ocurrido en la audiencia y lo valorado por el señor juez en la sentencia a la luz de las reglas de la sana crítica” (fs. 145) no resulta atendible, debido a que la Cámara, en tanto tribunal de mérito, ostenta la posibilidad de realizar un nuevo debate, a instancia del recurrente y en los límites del recurso presentado. Así, si la impugnación se vincula a una supuesta percepción errónea, por parte del juez sentenciante, de elementos históricos utilizados en la primera resolución de mérito (y esto surge claramente al analizar los ejemplos que el defensor cita; fs. 143 vta. y 145), el defensor pudo ofrecer prueba —incluso la producción de la misma prueba que fue introducida en el debate— para verificar el yerro del juez, puesto que, en este caso, el argumento de la errónea percepción constituye el motivo del recurso de inconstitucionalidad que la queja defiende (conf. punto 3 de mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Fernández, Mauricio Héctor s/art. 47 del Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 3943/05, sentencia del 29/6/2005). Puesto que el recurrente se limita a criticar la razonabilidad de la valoración efectuada por el juez que sentencia y no solicita al tribunal *a quo* la celebración de una nueva audiencia para que éste escuche personalmente la prueba del yerro alegado, resulta claro que la Cámara no tuvo forma alguna de valorar los elementos de cargo o de descargo (p. ej.: declaraciones testimoniales) que recibió otro juez (conf. punto 4, párr. 1°, de mi voto en “Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Kim, In Jung s/art. 74 del Cód. Contrav.’”, expte. n° 3790/04, resolución del 1º/6/2005). En consecuencia, el tribunal *a quo* ejerció su competencia de revisión dentro de los límites propuestos por el recurrente y, por ello, la denegatoria de la queja sobre este aspecto debe ser convalidada.

6. Con relación a la cuestión planteada con carácter preliminar en el debate, asiste razón a la Cámara en cuanto a que el recurrente no ha expresado cuáles han sido las defensas de las que él se habría visto privado de ejercer con motivo de la notificación sobre la celebración del debate con una antelación inferior al plazo legal (conf. art. 45, L.P.C.) y con independencia de la validez o invalidez de la notificación en plazo por un medio no fehaciente (art. 13, L.P.C.). De esta manera, el defensor se limita a expresar que toda lesión a una norma procesal implica, de por sí, un desconocimiento del derecho constitucional a la defensa que asiste a todo imputado en juicio. Sin embargo, esa afirmación redundante en un cuestionamiento puramente teórico del recurrente, sin que quepa tildar de excesiva a la exigencia propuesta por la Cámara en torno al agravio bajo análisis. Cabe apuntar, asimismo, que la defensa no suple la citada exigencia al argumentar acerca de la complejidad de la causa (fs. 146).

Por lo demás, resulta evidente que el recurrente conoció la fecha de celebración del debate con una antelación superior, ya por una vía informal (telefónicamente, situación que él expresamente admite: fs. 146), ya porque la audiencia citada había sido suspendida en varias oportunidades. A la solución propuesta por el recurrente se la conoce vulgarmente como “nulidad por ella misma” o “nulidad sin agravio alguno”, pues el defecto formal no implica la falta de cumplimiento del fin para el cual se previó la notificación impugnada.

7. Las restantes cuestiones a dilucidar —la exhibición y valoración como prueba de las vistas fotográficas de fs. 44/46 (autos principales), así como la supuesta lesión al principio de lesividad (art. 19, C.N. y art. 13, inc. 9º, CCBA)— constituyen meras discrepancias con la interpretación y aplicación al caso concreto de normas de derecho infraconstitucional, materia que, en principio, resulta irrevisible por este Tribunal. En particular, y con relación al trámite dado por el juez del debate a la reposición esgrimida por el recurrente, si bien posiblemente la solución del juez habría variado de habersele permitido a la defensa refutar los argumentos de la Fiscalía, lo cierto es que corresponde requerir al recurrente la expresión concreta de los motivos que hubieran fundado su oposición. Más aún, la decisión del juez de mérito (y su confirmación por la Cámara) de exhibir a los testigos Muti y Flores las fotografías en cuestión y, a consecuencia de ello, la valoración de esas pruebas al momento de fundar la condena de la Sra. Herrero, no parecen lesionar, tal como lo expone el recurrente (fs. 149), el derecho que asiste a la defensa de controlar la prueba que ingresa a la discusión por el hecho, puesto que el defensor pudo oponerse a su exhibición y, frente a la decisión contraria del juez, el recurrente no logró acreditar, ante este Tribunal, qué principio o garantía constitucional (a más de la citada) se vio vulnerada.

De todas maneras, resulta claro que las quejas del recurrente acerca de la exhibición de fotografías no pueden prosperar, en sentido alguno, como argumentos de tipo constitucional. No existe regla alguna que impida la in-

clusión en el debate de una fotografía. Con independencia de que la acusada haya resultado absuelta con relación a ciertos hechos —divididos por la acusación—, sostener la división de un debate único —sólo posible jurídicamente, pero falto de división en este debate concreto— con el fin de eliminar ciertos medios de prueba carece de sentido, incluso desde el punto de vista del derecho común (infraconstitucional), pero mucho más aún desde el punto de vista del derecho constitucional, porque esa indivisión no afectó, de manera alguna, a la prueba producida, ni a las posibles defensas frente a ellas. Como ya se dijo también, el argumento es meramente virtual porque el defensor, en la instancia de apelación, no ofreció nuevamente prueba, ni requirió su producción en esa instancia, único medio disponible para desacreditar la valoración efectuada por el juez de primera instancia.

8. Por último, cabe explicar que las normas constitucionales invocadas por el recurrente para propugnar el desconocimiento del principio de lesividad en el caso no han llegado a interpretarse en el sentido de prohibir la concepción de infracciones de peligro, ni siquiera de peligro abstracto, o las tentativas de ilícitos que, al efecto, se comportan como aquellos con relación al daño (conf. punto 4 de mi voto en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Oniszczyk, Carlos Alberto s/infrac. ley 255 —apelación’”, expte. n° 3171/04, sentencia del 16/12/2004). Además, se observa que, a pesar de su esfuerzo argumentativo, el recurrente funda su recurso con relación a este agravio en motivos relativos al supuesto déficit del cuadro probatorio que sustenta la condena —carencia de testigo alguno que haya referido un eventual daño o ausencia de peritación que demostrara el peligro (fs. 150)—, así como también a su defectuosa valoración por parte de los tribunales de mérito, razones que tampoco habilitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad y remiten su decisión a los tribunales de mérito.

9. En consecuencia, y por las razones descritas en los párrafos precedentes, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de la Sra. Herrero a fs. 132/153, con relación a las dos pretensiones incluidas en él. Puesto que en este caso ha recurrido la defensa oficial (órgano del Ministerio Público de la Ciudad), y con remisión a lo ya señalado en varias oportunidades (véase, *inter alia*, resolución como juez de trámite en el expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3°, inc. a), ley 327), considero que debe eximirse al recurrente de integrar el depósito exigido por la L.P.T. como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa de la Sra. Nelly Olga Herrero ante el Tribunal (fs. 132/153), si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede ser admitido.

2. El escrito de la recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin criticar ni rebatir las razones por las cuales los señores camaristas lo denegaron.

Respecto del agravio referido al rechazo por extemporáneo del planteo concerniente a las alegadas nulidades de la etapa de instrucción, la defensa afirma que tal decisión cercena el derecho al recurso “puesto que, de prosperar el criterio de la Sala, ello conduciría a la imposibilidad de generar un caso constitucional por vicios del procedimiento durante la investigación, conclusión a todas luces inadmisibles (...) quizás, en la mente de los camaristas, la única alternativa parecería ser que se lo plantee como cuestión preliminar una vez abierto el debate y luego se recurra junto con la sentencia, lo cual cercenaría frontalmente el alcance de las nulidades absolutas” (fs. 133 y vta.).

Con relación a los restantes agravios se limita a afirmar: “Creo haber relacionado cada garantía constitucional cuya violación invoqué con el caso concreto. Sin perjuicio de ello, en cada oportunidad en particular en la que entienda exista un caso constitucional volveré a desarrollar dicha explicación” (fs. 133 vta.).

Tal como ya se ha establecido en numerosos precedentes, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad dado que no se trata de una mera reedición del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

Así como fue obligatorio para los jueces de la Sala II fundar la resolución por la cual declararon inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión. La queja por lo tanto no puede prosperar porque los argumentos que la defensa presenta al TSJ para que admita su recurso de inconstitucionalidad no logran derribar las razones que dio la Cámara al declararlo inadmisibles.

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, Cód. Contrav. — apelación’”, expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, Cód. Contrav. —apelación’”, expte. n° 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. n° 2279, resolución del 30/9/2003; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.’”.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso interpuesto a fs. 132/153.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 132/153.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional para que sea agregada a los autos principales.

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

CXXXVIII

“SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
DENEGADO, EN: ‘BOYACÁ S.A. C/SUBTERRÁNEOS
DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/DAÑOS Y PERJUICIOS”

RECURSO DE QUEJA: Admisibilidad. Sentencia definitiva. Defectos de fundamentación. Sentencia contradictoria. Derecho de defensa. Estación de servicio. Resarcimiento de daños y perjuicios con motivo de las obras de prolongación de una línea de subterráneos. Alteración del normal tránsito vehicular. Perjuicio económico derivado de la pérdida de clientela. Corte de calles solicitado por la empresa constructora. Responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Responsabilidad de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Arbitrariedad de sentencia

Expte. n° 4397/05 - 19/7/2006

VISTAS:

Las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Boyacá Comercial e Inmobiliaria S.A. inició demanda por resarcimiento de daños y perjuicios contra Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado.

Manifiesta ser propietaria de una estación de servicio con la bandera de YPF situada en Av. Elcano 4000, la que en el año 2000 sufrió una importante merma en su facturación debido a los cortes de calles realizados en la Av. Triunvirato debido a las obras de prolongación de la línea de subterráneos “B”. Al alterarse la circulación vehicular, disminuyó el flujo habitual de automotores que transitaba por el frente de la estación de servicio, con el consiguiente perjuicio económico consistente en la pérdida de clientela.

Encuadra su pretensión en el campo de la responsabilidad estatal por actividad lícita.

2. El juez de primera instancia rechazó la demanda entablada, con costas a la actora (véase fs. 226/227).

3. Apelada esta decisión por la actora (fs. 232/238), la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar a la apelación, revocó la sentencia apelada y en consecuencia condenó a la demandada Subterráneos de Buenos Aires S.E. a abonar la suma de \$ 68.495,25 en concepto de daños sufridos por la actora, a lo que deben adicionarse los intereses liquidados conforme las pautas expuestas en dicho pronunciamiento.

4. Subterráneos de Buenos Aires interpuso recurso de inconstitucionalidad agravándose por la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento objetado (fs. 254/265).

Fundamenta su planteo en que la Cámara es arbitraria se habría apartado de las constancias de autos y efectuado una interpretación de las leyes de fondo ajenas a su contenido.

Básicamente, sus cuestionamientos pueden desdoblarse en dos:

- a) Por un lado, muestra su desacuerdo con la valoración de las pruebas y la aplicación de las normas que realiza la Cámara, que la llevan a concluir que se configuran en el caso los presupuestos de la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Contrariamente, el recurrente sostiene que no existe la pretendida relación de causalidad entre la disminución de los ingresos experimentada por la actora durante el año 2000 —daño que no resulta controvertido— y los cortes de calle producto de los trabajos de prolongación de la línea “B” de subte, ni tampoco el requisito del “sacrificio especial”.
- b) Por el otro, critica la sentencia de Cámara en cuanto la responsabiliza totalmente cuando surge claramente de autos que no era comitente, dueña ni responsable de desvío alguno que pudiera producir un daño a la sociedad actora. Es decir, insiste en los argumentos que esbozó

al deducir la excepción de falta de legitimación pasiva, a fs. 78/87 del expediente principal.

El recurso de inconstitucionalidad fue rechazado por la Cámara, quien sostuvo que no se hallaba configurado un verdadero caso constitucional tal como lo exige el art. 27, L.P.T. (fs. 266).

5. La demandada interpuso el pertinente recurso de queja ante este Tribunal (fs. 272/286).

6. El fiscal general adjunto entendió, en su dictamen, que la queja debe ser desestimada (fs. 295/298).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, L.P.T.), sin embargo debe ser rechazado.

2. En primer lugar, cabe destacar que es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que la actora no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional (conf. el Tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74, Cód. Contrav. s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. Asimismo, los argumentos vertidos en ambos recursos expresan una mera discrepancia con la interpretación razonable y fundada efectuada por la Cámara sobre la situación fáctica del caso, las pruebas obrantes en autos y la aplicación de normas infraconstitucionales —específicamente, las normas procesales referidas a la valoración de las pruebas, y las normas civiles que regulan la relación de causalidad en cuanto requisito de la responsabilidad civil.

En sus recursos, la demandada no logra conectar el agravio concreto 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). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá

de efectuar una alusión genérica a la violación de los arts. 14, 17, 18, 19 y 123, C.N., y 113 de la CCBA.

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica, la violación de dichas normas en la que habría incurrido la Cámara al dictar un fallo arbitrario en cuanto a la valoración de los hechos y pruebas, y la aplicación del derecho, pero sin exponer —en un argumento formalmente adecuado— un caso constitucional.

Cabe recordar que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

4. La insuficiencia señalada no puede ser sorteada por medio de la invocación de arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que en el caso se trata de una apreciación puramente genérica de la recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado sin fundamentación suficiente.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: “Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99 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).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Comparto la solución que propicia la señora jueza de trámite, más aun cuando, como lo he señalado múltiplemente, yo sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: ‘Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]’”, expte. n° 3792/05, resolución del 29/6/2005).

Sin embargo, más allá del grado de estrictez personal en cuanto a esta doctrina, remarco que la recurrente, en su crítica de la sentencia, no ha demostrado un déficit de fundamentación que permita descalificar el pronunciamiento cuestionado como acto jurisdiccional válido.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma.

2. La queja no critica el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. La ausencia de este requisito vuelve inadmisibile el recurso directo cuyo fin primordial es, precisamente, poner en crisis el juicio de admisibilidad negativo respecto del recurso de inconstitucionalidad efectuado por el tribunal de la causa.

3. Por las razones señaladas en el apartado anterior, la queja es inadmisibile, y ello impide ingresar en el recurso de inconstitucionalidad. En otros términos, en estas condiciones el Tribunal resulta incompetente para efectuar cualquier otra consideración sobre la actuación de las instancias anteriores (conf. art. 113, inc. 3°. CCBA).

Así lo voto.

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

1. El recurso de queja de fs. 272/286 y el recurso de inconstitucionalidad que aquella trajo a conocimiento y decisión del Tribunal, deben prosperar, como pasamos a exponer.

2. La decisión cuestionada es una sentencia definitiva y ha sido dictada por el tribunal superior de la causa. El recurso se sostiene en la crítica que efectúa de la sentencia por ser autocontradictoria y por haber omitido considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa, planteadas oportunamente por la parte demandada.

En consecuencia, la afectación que la defectuosa fundamentación de la sentencia produce en el derecho de defensa de la accionada (art. 18, C.N.), habilita la intervención del Tribunal por medio del recurso de inconstitucionalidad para indicar la incorrecta aplicación de las disposiciones constitucionales que estructuran el juicio justo en la Ciudad de Buenos Aires.

3. Tratándose de un auto denegatorio que se limita a decir que “[...] la invocación de arbitrariedad de la sentencia debe ser desestimada por múltiples razones, a saber: a) Que no se advierte ni se puede concluir que la sentencia en cuestión carezca de la debida fundamentación en los hechos concurrentes o en el derecho aplicable, o que con ella quienes la suscriben se arroguen el papel de legisladores; b) Que tampoco puede reputarse que en ella se incurra en autocontradicción alguna o se omita considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa” (fs. 699, autos principales), y habida cuenta que los agravios tienen sustento en la doctrina de la arbitrariedad —donde la admisibilidad del recurso depende estrictamente de la demostración de que los argumentos de hecho, prueba y derecho común y local a los que apela la sentencia impugnada son apenas una apariencia de fundamento—, la reproducción de los agravios vertidos en el recurso de inconstitu-

cionalidad constituyen, a un mismo tiempo, tanto una crítica del auto denegatorio como de la sentencia, circunstancia que no varía sustancialmente porque la formulación con que han sido vertidos sólo se encamine expresamente hacia el fallo.

4. Para corroborar el defecto que presenta la sentencia recurrida, resulta necesario, en primer lugar, poner de resalto ciertas circunstancias comprobadas de la causa:

a) La parte actora promovió una demanda por resarcimiento de daños y perjuicios contra Subterráneos de Buenos Aires (S.E.). Argumentó que la demandada inició en la zona del barrio de Chacarita las obras de prolongación de la línea “B” de subterráneos, “realizando cortes de calle y alterando el normal tránsito vehicular en el barrio” (fs. 1, autos principales);

b) La actora manifestó que “a causa de esas alteraciones de circulación, durante todo el año 2000, el habitual flujo de vehículos que transitaba frente de (su) estación de servicio, dejó de hacerlo, con el consiguiente perjuicio económico consistente en la pérdida de clientela” (fs. 2 vta.);

Debe subrayarse que la actora explicó con claridad —y ello ha quedado acreditado en el juicio— que la calle donde se encuentra ubicada su estación de servicio (Av. Elcano) nunca fue cortada al tránsito. Sin embargo —afirmó la accionante—, los cortes dispuestos en las adyacencias alteraron el flujo del tránsito obligando a los vehículos a tomar vías alternativas que, en definitiva, en algunos casos, los alejaban de la calle donde se encuentra emplazada su explotación comercial (conf. peritaje de fs. 434/480).

c) La demandada, Subterráneos de Buenos Aires (S.E.), sostuvo a lo largo del juicio, entre otras defensas, que ella no es responsable por los cortes de calle que la actora identifica como causa eficiente de los daños que alega haber experimentado. Admite ser la encargada de la dirección de la obra de ampliación de la línea “B” y detentar funciones de supervisión, inspección y control de los trabajos (según los términos del art. 8°.14 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la obra), pero se encarga de aclarar que no es la comitente, no llevó adelante la licitación del contrato, no ejecutó la obra y no se hizo cargo de los pagos a la contratista (véase excepción previa de falta de legitimación pasiva interpuesta a fs. 78/87, pedido de citación de terceros efectuado al contestar la demanda a fs. 153/167, recurso de inconstitucionalidad, en especial a fs. 676, 679 y 683 de los autos principales);

En este sentido, ahora la quejosa afirma que “[...] la sentencia confunde comitente: GCBA, con dirección de obra: Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado, personas jurídicas diferentes si se tienen presente las prescripciones de las leyes 20.705 y 22.070 que no han sido materia de objeción institucional en autos y, por lo tanto, su aplicación es conteste por las partes” (fs. 280 de la queja y fs. 676 del recurso de inconstitucionalidad obrante en los autos principales).

A continuación, para respaldar la invocación de la doctrina de arbitrariedad de sentencia, la demandada destaca que “(l)a pericia dice claramente que los cortes de calle fueron programados por el GCBA y que se autoriza el corte por tres meses de la Av. Triunvirato en forma total y fija dos caminos alternativos” (fs. 282 de la queja y fs. 679 del recurso de inconstitucionalidad obrante en los autos principales —el destacado obra en el original).

Para concluir, se expresa que “(p)or lo expuesto, existe una clara discordancia entre los hechos seleccionados por el Tribunal, con relación a responsabilizar a mi mandante con un 100 % de atribución cuando surge claramente de autos que no era comitente, dueña ni responsable de desvío alguno que pudiera producir un daño a la sociedad actora” (fs. 285 de la queja y fs. 683 del recurso de inconstitucionalidad obrante en los autos principales).

d) De la prueba colectada en autos que no se encuentra discutida se desprende que el dec. 1708/GCBA/98 llamó a licitación y concurso de precios para la extensión de la línea B de subterráneos (arts. 1º y 3º) —obra que habría ocasionado los daños que la actora reclama—; delegó a la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA las facultades para emitir aclaraciones y modificaciones en la licitación, así como también aquella para adjudicar la obra y suscribir los contratos pertinentes (art. 6º). Por otro lado, dicho decreto, en su art. 3º, dispuso que los pliegos de la licitación sean adquiridos y consultados en la sede de SBASE —única vinculación de esta sociedad con la licitación de la obra.

Por su parte, la resol. 318/99 del Secretario de Obras y Servicios Públicos y Transporte y Tránsito del GCBA dispuso que “[l]a Empresa Subterráneos de Buenos Aires S.E., conforme lo previsto en el art. 8º.14 del Pliego de Condiciones Particulares de la obra que nos ocupa, asumirá la responsabilidad de la supervisión técnica de los trabajos, así como el seguimiento, inspección y control en la ejecución del Plan de Trabajo definitivo, en cuyo caso actuará como representante del Comitente en todo lo relativo a la Dirección de Obra” (art. 1º).

5. A partir de las consideraciones precedentes es posible afirmar que la recurrente ha planteado y mantenido en forma oportuna el agravio que ahora trae ante este Tribunal.

Como se adelantara en el punto 4 precedente, a fs. 78/87 del expediente principal, SBASE opuso la falta de legitimación pasiva y sostuvo “[...] que si bien [...] es titular de la red de los subterránea [sic] de la ciudad y administra el fondo para su remodelación y ampliación, lo cierto es que la obra por la cual se queja la actora no fue realizada, programada ni pagada por *Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado*”.

A fs. 93/94 del expediente principal la jueza de primera instancia rechazó la excepción interpuesta.

A fs. 95 SBASE apeló la denegatoria y a fs. 98/109 fundó su recurso.

La Cámara rechazó la apelación y confirmó la resolución impugnada (fs. 136/139 del expediente principal).

Pudo, quizás, el recurrente intentar en aquel momento el recurso de inconstitucionalidad sosteniendo que esa resolución de Cámara era equiparable a definitiva. Sin embargo, dicho intento de equiparación no es una carga sino una oportunidad más que se le otorga a los justiciables en los casos en que se pueda afectar un derecho de imposible o tardía reparación ulterior. Pueden razonablemente optar entre interponer el recurso contra la resolución que lo vulnera —a pesar de que no se trate de la definitiva— o esperar a que el órgano competente dicte la sentencia definitiva si es que la cuestión decidida en una interlocutoria proyecta sus efectos en la definitiva. Esto no dispensa a quien pretenda transitar la vía extraordinaria de la carga de obtener la sentencia del superior tribunal de la causa mediante los recursos que sean pertinentes. En nuestro caso, el recurrente cumplimentó dicho requisito en el momento en que la apelación de la excepción previa fue rechazada por la Cámara (fs. 136/139 del expediente principal) y obtuvo la sentencia definitiva cuando el mismo tribunal resolvió el fondo de la cuestión (fs. 658/664). Por ello, no era conducente que SBASE mantuviera sus agravios al momento de contestar el traslado de la apelación de la actora contra la sentencia final de primera instancia. Para ese entonces, el rechazo de su planteo era cuestión precluida desde la perspectiva de la Cámara, y su replanteo no habría sido sino el inconducente fruto de la pertinacia.

La señora jueza de primera instancia en su sentencia, al resolver la excepción previa deducida, sostuvo la legitimación pasiva de SBASE, dado que “[...] la propia demandada ha reconocido que es titular de la línea subterránea, que administra los fondos para su remodelación y ampliación y que administra y es propietaria de su patrimonio. Sin perjuicio de ello manifiesta que no es quien ordenó la obra, atento fue el GCBA, y que tampoco es el que la llevó efectivamente a cabo. //Cabe señalar aquí que, además, si bien no ordenó la realización de la obra, la unen a la causa cuestiones vinculadas con su deber de fiscalización, esto es supervisión técnica así como el seguimiento, inspección y control de los trabajos. //Por otra parte, como titular del patrimonio de la totalidad de las Líneas de Subterráneos, la obra, evidentemente redundará en su beneficio y una vez construida, formará parte de su patrimonio” (fs. 93 vta. del expediente principal).

A su turno, la Cámara (al confirmar la sentencia de primera instancia), expresó en el punto 11 de su decisión que “se colige la demandabilidad de SBASE en autos, toda vez que el plexo normativo de la obra por cuyos supuestos daños se reclama, prevé su actividad bajo la personalidad jurídica estatal, en ejercicio de atribuciones nítidamente públicas como son la dirección, supervisión, seguimiento, inspección y control, funciones que nada tienen que ver con la actividad comercial o empresaria otrora desempeñada por SBASE antes de la concesión del servicio.//En virtud de ello, y sin perjuicio

del examen de imputabilidad y causalidad que corresponde a la sentencia de mérito, cabe concluir que la actividad que se le adjudica a SBASE resulta propia de una *autoridad administrativa* de la Ciudad, y en tal carácter es susceptible de ser invocada como origen de supuestos daños y perjuicios por actividad lícita, por lo que corresponde confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva articulada” (fs. 139, autos principales, el destacado obra en el original).

6. Desde esta perspectiva, la Cámara, al momento de expedirse sobre el fondo de la cuestión debatida y revocar la sentencia de la jueza de primera instancia, enumeró en su considerando octavo los presupuestos que, en su concepto, deben acreditarse para que prospere una demanda judicial que persigue la indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accionar lícito del Estado.

Concretamente, el tribunal *a quo*, expresó con cita de la sentencia de la CSJN recaída en la causa “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda v. Banco Central de la República Argentina” (*Fallos*, 315:1026), que: “‘la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada’ (...)./Luego, agregó (la CSJN), en atención a la particular relación que en el caso vinculaba a las partes, ‘la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia del deber jurídico a su cargo de soportar el daño’” (fs. 659 vta., autos principales).

Si se siguen entonces las premisas enumeradas por la Cámara para identificar los presupuestos necesarios para que prospere la demanda, la parte actora debió acreditar: *a)* un daño cierto; *b)* una relación de causalidad adecuada entre el daño y la actuación de Estado; *c)* la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la parte demandada; *d)* el sacrificio especial; y *e)* la ausencia del deber jurídico de soportar ese daño.

7. El daño en concepto de la Cámara se encuentra acreditado, ya que los peritajes indican que la actora sufrió una sensible merma en sus ingresos durante el período en el que el tránsito vehicular se desvió (punto 8, fs. 659 vta., autos principales).

También se comprobó, siempre según la Cámara, que ese desvío de vehículos tenía como causa eficiente o adecuada las obras de ampliación de la línea “B” de subterráneos realizadas por la demandada (puntos 8 y 9, fs. 659 vta./661 vta., autos principales).

Además, la Cámara explicó que la actora había padecido “un perjuicio especial con relación al resto de la sociedad que se beneficiará con la obra llevada a cabo” y, en estas condiciones, “merece ser resarcido” (punto 10, fs. 662, autos principales).

8. Ahora bien, de la lectura de la sentencia se observa que en el decisorio no se encuentra una fundamentación que justifique por qué motivos se responsabiliza a SBASE (como se dijo, a cargo de la dirección, supervisión, seguimiento, inspección y control de la obra, según lo destaca la propia Cámara en el punto 11 de la sentencia de fs. 136/139 que confirmó el rechazo de la excepción previa deducida) por los perjuicios que se tienen por acreditados en el expediente.

De la prueba colectada en autos (no controvertida en este punto) se concluye que los cortes de calle motivados por la obra eran siempre solicitados por la empresa constructora (UTE conformada por las firmas Techint, Dyckerhoff y Widmann AG) y siempre autorizados por la Dirección General de Vialidad o la Dirección General de Tránsito y Transporte del GCBA (conf. disposiciones de la DGV-439/99, obrante a fs. 339/340, 461/99, obrante a fs. 343/344, 539/99 (prórroga de la disposición 461/99), obrante a fs. 347, 589/99, obrante a fs. 350/352, y disposiciones de la DGTyT-383/00, obrante a fs 361 y 588/00, obrante a fs. 362/363).

Estas afirmaciones se ven corroboradas en el peritaje obrante a fs. 434/480. Puntualmente, a fs. 437, el perito ingeniero describe los pasos que se seguían para interrumpir el tránsito de las calles afectadas a la obra en los siguientes términos: “Que el procedimiento seguido para la autorización, tanto para la ocupación parcial de la Av. Triunvirato y trabajos en la vía pública, como para su cierre total y determinación del recorrido de los desvíos fue el siguiente: La Empresa Constructora (Contratista) presenta por Orden de Pedido a la Dirección de Obra la necesidad de la ocupación de la calzada y de los desvíos, y los correspondientes detalles. La Dirección de Obra, da el visado y devuelve a la Contratista para su presentación al GCBA (GCBA). El GCBA emite una Disposición que aprueba la ocupación y desvío, a través de la Subsecretaría de Transporte y Tránsito”.

Así, ninguna intervención relevante tuvo al respecto la parte demandada en este juicio (SBASE).

El plexo jurídico aplicable al caso muestra que, más allá de quién sea luego el titular de la obra y quién va a poder lucrar con ella, la decisión de su realización, el procedimiento de selección del contratista, las directivas para la correcta ejecución del contrato (en cuyo curso se implementó el corte de calles) y su pago estuvieron a cargo del Poder Ejecutivo del Gobierno de la Ciudad.

SBASE sólo tuvo a su cargo la dirección de la obra, además de lo dispuesto por el art. 3º del dec. 1708/98 (consulta de los pliegos en su sede).

De tal manera, la actora no ha demostrado, ni la sentencia explicado, que en el ejercicio de su rol de director de obra SBASE haya incidido de alguna manera en las decisiones que efectivamente condujeron al corte de calles.

A tal punto la cuestión debatida escapaba a las atribuciones de SBASE que, ante la presentación que la actora efectuara en su sede antes de iniciar el juicio, la sociedad estatal remitió las actuaciones al señor Secretario de Obras y Servicios Públicos del GCBA “al aguardo de instrucciones sobre el particular” (*sic*, fs. 60, expte. adm n° 62.027/00). Luego del dictamen desfavorable a la pretensión de la empresa Boyacá S.A. emitido por la Procuración General de la Ciudad, ellas se devolvieron a SBASE y ésta se limitó a “notificar por escrito al interesado del contenido de dicha resolución y de que su presentación ha sido rechazada” (fs. 74, expte. adm. citado).

El GCBA y SBASE son personas jurídicas distintas que además tuvieron roles distintos en la obra de ampliación de la línea “B” de subterráneos. SBASE fue el director de la obra. El GCBA fue la autoridad que dispuso los cortes de calle a pedido de la empresa constructora.

En virtud de lo expuesto, no es posible imputar jurídicamente a la parte demandada en este juicio (SBASE) los perjuicios alegados por la parte actora. No se desconoce que, en general, se ha reconocido con carácter subsidiario y a título de garantía la responsabilidad del Estado por los actos de sus entidades descentralizadas aun cuando se trata de personas jurídicas diferentes. Pero el caso que aquí se plantea es diverso: sin demostrarse un incumplimiento de las obligaciones o cometidos asumidos por la parte demandada (SBASE) con motivo de la obra de ampliación del subterráneo, se pretende responsabilizar a esa sociedad del Estado por las consecuencias supuestamente perjudiciales de una disposición *lícita* emitida en un tema ajeno a su esfera de actuación por alguien que, formalmente, no es parte demandada en el juicio (el GCBA). Si se deseara posar la mirada en el art. 1113 del Cód. Civil, en conclusión, la sentencia recurrida admitiría, *mutatis mutandi*, la responsabilidad del dependiente por el hecho del principal.

9. Aún si se dejara de lado el impedimento señalado y se considerara que los cortes de calle dispuestos por el GCBA pueden de alguna manera imputarse a SBASE (conclusión que, por lo explicado en este voto, nos parece equivocada), la sentencia presenta defectos insalvables al valorar la entidad de los daños alegados para constatar el factor de atribución identificado como presupuesto esencial para responsabilizar al Estado por ellos.

En efecto, más allá de lo complejo que resultaría demostrar en nuestro sistema jurídico que, por regla, un empresario posee derecho a un nivel determinado de ventas, baste decir, por ejemplo, que la obra de ampliación del subterráneo, a no dudarlo, además de contribuir positivamente a la comunidad en su conjunto, también beneficiará a la propia demandante de distintas maneras: valorización del m² de su terreno, revitalización de la construcción en la zona y expansión radial de edificios de propiedad horizontal sobre las bocas de la traza que atraerá nuevos vecinos y, con ello, nuevos vehículos. Lo que se quiere decir es que la Cámara, al momento de constatar la existencia de perjuicios susceptibles de ser indemnizados, debió tener en cuenta no sólo las externalidades negativas transito-

rias acreditadas, sino también las futuras externalidades positivas permanentes que razonablemente la actora experimentará con la obra pública realizada.

Recuérdese, por último, la estrictez con que deben apreciarse, en principio, los reclamos con origen en perjuicios ocasionados en forma directa por la actividad *lícita* del Estado, tal como lo reconoce el propio tribunal *a quo* en el punto 11 de la sentencia recurrida.

Lo expuesto se refuerza frente a una tendencia generalizada de los agentes económicos a la hora de socializar pérdidas o beneficios eventuales que no se concretan, poniéndolos a cargo del Estado, cuidando al mismo tiempo, con el mayor celo, de garantizar la preservación del aprovechamiento singular de las utilidades que, a menudo, obedecen también a factores externos a la actividad empresaria que se despliega.

Por las consideraciones antecedentes, votamos por: 1) admitir el recurso de queja deducido por SBASE; 2) declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad; 3) dejar sin efecto la sentencia recurrida; y 4) rechazar la acción de daños y perjuicios intentada por la parte actora, con costas a la vencida.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado.

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

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

CXXXIX

“IBARRA, ANÍBAL S/QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA,
EN: ‘IBARRA, ANÍBAL S/JUICIO POLÍTICO’”

**RECURSO DE QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA:
Destitución del Jefe de GCBA. Demora de la Sala Juzgadora
de la Legislatura para resolver el recurso de inconstitucionalidad**

Expte. n° 4824/06 - 20/7/2006

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

El Dr. Aníbal Ibarra interpone recurso de queja por retardo de justicia en los términos del art. 127 del CPPN. Lo funda en la demora de la Sala Juzgadora de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en resolver el recurso de inconstitucionalidad que, con fecha 27/3/2006, interpuso el peticionario contra la resolución de destitución de su cargo de jefe de Gobierno, que dictó la Sala de mención (fs. 2/5)

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ y PABLO A. BACIGALUPO dijeron:

La cuestión planteada es —en principio— atípica si se la examina a la luz del art. 127 del CPP, toda vez que el Tribunal no está en la posición de ejercer la superintendencia a la que se refiere el artículo citado. También si se lo hace bajo la óptica de la normativa local (art. 113, inc. 4º, CCBA y arts. 36 y 37, ley 402).

No obstante, en el marco de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a este tipo de cuestiones —los llamados procesos, juicios o enjuiciamientos políticos efectuados en el ámbito del Poder Legislativo—, cabe dar curso a la petición, con el limitado examen que imponga la salvaguarda del derecho de defensa.

En mérito de ello se oficiará al Presidente de la Sala Juzgadora de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que informe —con carácter urgente— acerca del trámite del recurso de inconstitucionalidad al que refiere la presentación del Sr. Aníbal Ibarra, cuya copia se acompañará.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Oficiar* al Presidente de la Sala Juzgadora de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que informe, con la urgencia que ameritan las circunstancias señaladas en los fundamentos, acerca del trámite del recurso de inconstitucionalidad a que se refiere la presentación del Sr. Aníbal Ibarra, cuya copia será acompañada.

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

Fdo.: José O. Casás - Luis F. Lozano - Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - Pablo A. Bacigalupo.

CXL

**“ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA
S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD”****ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

Legitimación de la Asociación por los Derechos Civiles.

Escribano. Ejercicio de la actividad notarial. Función pública.

Incompatibilidades y deberes de los escribanos. Función fedataria.

Profesión liberal. Delegación del Estado. Notariado latino.

Libre circulación de la fe pública. Ley 404. Requisito de nacionalidad

argentina. Discriminación entre nacionales y extranjeros. Categoría

sospechosa empleada por el legislador. Inversión de la carga

justificatoria en cabeza del Estado. Presunción de ilegitimidad

de la norma. Igualdad en materia de derechos civiles. Nacionalidad

argentina como requisito de idoneidad para el desempeño de empleo

público. Orden público. Relatividad de los derechos constitucionalmente

reconocidos. Razonabilidad de la reglamentación. Cuestiones

de oportunidad, mérito y conveniencia ajenas al control judicial.

Principio de división de poderes. Interpretación dinámica

de la Constitución. Competencia originaria del Tribunal Superior

de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Atribución de competencia

transitoria para ejercer la superintendencia del notariado.

Creación de un tribunal *ad hoc*. Preservación de la autonomía

de la Ciudad de Buenos Aires. Naturaleza del Tribunal de Superintendencia

del Notariado. Tribunal administrativo con funciones jurisdiccionales.

Juzgamiento de la responsabilidad disciplinaria. Impugnación

de sus decisiones. Cosa juzgada administrativa y judicial.

Tutela jurisdiccional efectiva. Requisitos de sentencia definitiva

y de tribunal superior de la causa a efectos de interponer recurso

extraordinario federal. Derecho al recurso. Aplicación de la garantía

de la doble instancia en el proceso penal. Proyección sobre

el proceso disciplinario notarial. Naturaleza de la sanción notarial

Expte. nº 4172/05 - 9/8/2006

VISTOS:

Los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Asociación por los Derechos Civiles promovió acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) para que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los “arts. 8º, inc. a), 117, 120, inc. a), 120, inc. b), 153 y 172 de la ley 404 y del art. 2º, inc. a) de su dec. regl. 1624” (fs. 21).

La actora afirmó que el art. 8º, inc. “a” de la ley 404, al establecer el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con más de diez años de na-

turalización para poder inscribirse en la matrícula profesional de escribano, viola el principio de igualdad ante la ley y en particular el de igualdad entre nacionales y extranjeros, reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución local (arts. 16 y 20, C.N., art. 11 CCBA) y en los arts. 1.1, CADH, y art. 26, PIDCP, ambos de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.)

Planteó que la distinción del art. 8º, inc. a), ley 404, constituye “una discriminación injustificada fundada en razones de nacionalidad” y afectada por “una presunción de inconstitucionalidad” que solo puede ser excusada por la “existencia de un interés estatal urgente” en los términos de diversos fallos de la CSJN y de otros tribunales nacionales que menciona (fs. 22/27). En el mismo sentido argumentó que a la luz del art. 11, CCBA, la discriminación impugnada “plasma lo que la jurisprudencia estadounidense ha dado en llamar ‘categorías sospechosas’ ... y que para justificar su validez sustancial el Estado debe alegar razones más que suficientes para defenderla”, y acudió en su sustento a la cita de doctrina y jurisprudencia, incluyendo la del Tribunal (fs. 30/34).

Aseveró asimismo que el ejercicio de la profesión de escribano “debe ser considerado un derecho civil en los términos del art. 20, C.N.” y refirió en su apoyo precedentes resueltos por la Corte nacional (fs. 28/30).

Sostuvo además que los arts. 117, 120 incs. a y b, 153 y 172 de la ley 404 son contrarios al art. 113, inc. 3º, CCBA, por otorgar a este Tribunal una competencia que excedería lo expresamente prescripto por la norma constitucional (fs. 37).

Subsidiariamente afirmó que “en el supuesto que se sostuviera que el Tribunal Superior, al revisar en su carácter de Tribunal de Superintendencia las sanciones aplicadas por el Colegio de Escribanos, se ajusta a los estrictos límites que impone el art. 113, inc. 3º, CCBA, la conclusión inevitable sería entonces que... el control judicial ejercido... no sería suficiente en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación” (fs. 40/41).

Agregó seguidamente que sin perjuicio “del alcance que se quiera otorgar a la jurisdicción ejercida por el Tribunal Superior en su carácter de Tribunal de Superintendencia” del notariado, el sistema de enjuiciamiento de la ley 404 violaría el derecho a la doble instancia consagrado en el art. 8º.2.h de la CADH (fs. 41 vta.).

Finalmente, para el supuesto de que el Tribunal declarara la inconstitucionalidad de los artículos de la ley 404 —referidos a su competencia— que la actora ataca, a fin de “no provo[car] un vacío legislativo en el ordenamiento jurídico local” propugnó que se dicte una sentencia “interpretativa” que “asig[ne] competencia a la justicia ordinaria de la Ciudad a fin de subsanar transitoriamente el vacío legislativo que se produciría ante la citada declaración de inconstitucionalidad, hasta tanto la Legislatura de la Ciudad resuelva en forma integral el citado problema”.

2. Por resolución del 12 de octubre de 2005 se declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada, se ordenó correr traslado de la demanda al Sr. jefe de Gobierno y se resolvió citar a juicio al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en calidad de tercero, en los términos del art. 21 de la ley 402 (fs. 52/56).

3. A fs. 64/88 contestó el traslado el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires —por intermedio de su apoderado Dr. Andrés Halperín y con el patrocinio letrado del Dr. Tomás Hutchinson— y solicitó el rechazo de la demanda. En sustancia sostuvo, en primer lugar, que la actora carece “de condición jurídica para ser demandante en el caso (fs. 66) porque “actúa claramente por fuera de los límites de su estatuto”. Sobre el punto argumentó que “las personas jurídicas sólo pueden realizar aquellos actos vinculados a los fines de su institución”, y que no se da esa “condición en relación a las cuestiones planteadas...” pues se trata de temas “vinculados con el ejercicio de una función pública: la función notarial... de tal modo que no están en juego en autos derechos civiles...”. Agregó diversas consideraciones para fundar estas aseveraciones y concluyó que “la actora no demuestra ningún interés defendible para la comunidad, ya que un decisorio contrario al régimen vigente no produce en la sociedad, ninguna consecuencia (...). Ello así, porque los intereses que pretende defender la demandante (ajenos a su capacidad) están defendidos colectivamente por la Institución que represento y directamente por cada colegiado” (fs. 68 vta.).

Seguidamente alegó que la exigencia del art. 8º, inc. a), ley 404 está fundada en “una causa razonable” que “no [es] violatoria del principio de igualdad” (fs. 69 vta.) Se refirió a diversos fallos de la CSJN sobre ese tópico, y desarrolló “las particularidades de la función pública notarial” (fs. 73 vta.) para fundamentar que el “Estado puede formular una discriminación razonable entre nacionales y extranjeros cuando se trata de designar a un funcionario público o a un profesional independiente, al frente de una notaría que es estatal” (fs. 78), y que los extranjeros “no pueden invocar el art. 20, C.N., para pretender calificar el derecho del acceso a la función notarial como un derecho civil o una profesión” (fs. 75). Concluyó que “es inaplicable el art. 20, C.N.” y como consecuencia también los precedentes citados por la actora por “ref[erirse] a situaciones jurídicas y fácticas notoriamente diversas a las aquí planteadas” (fs. 77/78).

A continuación se explayó en fundamentar que el procedimiento regulado por la ley 404 asegura “la instancia judicial suficiente y adecuada” (fs. 85), que la inexistencia de una doble instancia judicial invocada por la accionante “no es una exigencia constitucional en la materia que nos ocupa” (fs. 84 vta.), y que la ampliación de competencia por vía legal conferida al Tribunal Superior en materia de superintendencia del notariado deviene razonable, debido a su naturaleza excepcional y transitoria; ya que de lo contrario el régimen disciplinario notarial —hasta tanto se organice la justicia ordina-

ria de la Ciudad— se quedaría “sin instancia judicial originaria, revisora de la sanción en unos casos, y sin el proceso originario que permite imponer la sanción en otros” (fs. 87 y vta.).

4. Por el Gobierno contestó el traslado la apoderada Dra. Macarena Gallareta (fs. 92/100), con patrocinio letrado de la Dra. Alejandra Tadei.

Propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta por considerar, en esencia, que: *a)* la distinción establecida por el art. 8º, inc. a), ley 404 no afecta el principio de igualdad porque se trata de una “discriminación objetiva” —del tipo de las aceptadas por la CSJN— “entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros, y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función pública-administrativa que se llama a desempeñar” (fs. 94); *b)* “el requisito de la nacionalidad por origen o por opción ... es una exigencia común a distintos regímenes que conciernen al Régimen de Funcionarios y Empleados tanto de la Administración Pública federal, cuanto local” (fs. 95); *c)* la exigencia legal cuestionada es “materia de políticas ligadas al principio de oportunidad y conveniencia, que los órganos competentes ponen en juego cada vez que deben organizar funciones del Estado” (fs. 95 vta.); *d)* la competencia legal atribuida al TSJ para conocer como Tribunal de Superintendencia del Notariado no transgrede el art. 113, inc. 3º, CCBA ni el control judicial suficiente, en la medida que “estamos en presencia del ejercicio provisorio de una competencia de naturaleza administrativa, susceptible de ser revisada por las instancias judiciales locales que correspondan”, argumento que, en consecuencia, también enerva la pretendida falta de doble instancia judicial (98 vta./99).

Por último solicitó que se teste las referencias aludidas en el escrito inicial vinculadas a los alumnos que integran la clínica jurídica de la Escuela de derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (fs. 99 vta.).

5. El señor fiscal general adjunto dictaminó a fs. 103/105 y se inclinó por el rechazo de la acción intentada. Opinó, fundamentalmente, que “la norma establecida en el art. 8º, apart. a) de la ley 404 es razonable” (fs. 105) porque “no discrimina entre distintos tipos de extranjeros, distingue entre nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función notarial” (fs. 104 vta.). Añadió que la competencia que asume el Tribunal como “Tribunal de Superintendencia no es originaria, sino de excepción” (fs. 105) y que “asegura el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva” en la medida que el art. 18, C.N. no requiere multiplicidad de instancias.

Por último, también propició que se suprima toda mención en la demanda de los alumnos que colaboraron “en su confección” (fs. 105 vta.).

6. El 5 de abril de 2006 se celebró la audiencia que establece el art. 6º de la ley 402, en la que las partes no aportaron nuevos documentos.

La actora reiteró los fundamentos expresados en su presentación original y, además, refutó la argumentación expuesta por el Colegio de Escribanos en la contestación de demanda en orden a la legitimación activa de la ADC. Sobre el punto sostuvo, en síntesis, que su objeto estatutario se refiere a los derechos civiles identificados como derechos constitucionales, y a que el Tribunal Superior de Justicia ya se la ha reconocido en reiteradas acciones anteriores, ya que el control abstracto de inconstitucionalidad no exige conflicto intersubjetivo sino normativo. Agregó que la viabilidad formal de la acción no puede supeditarse a que algún escribano extranjero integre la Asociación por los Derechos Civiles y señaló que los derechos civiles también están involucrados en una relación de empleo público.

Por otra parte rebatió el razonamiento desplegado por el Gobierno de la Ciudad en su contestación de demanda, acerca de la naturaleza administrativa de la función de superintendencia notarial ejercida por el Tribunal, y reiteró que se trata de una competencia “Judicial”, toda vez que las decisiones del Tribunal de Superintendencia Notarial son pasibles de ser atacadas por recurso extraordinario federal. Razón por la cual la considera inconstitucional por no encontrarse expresamente contemplada por el art. 113, CCBA y por no asegurar la doble instancia judicial.

Asimismo arguyó que aun cuando se acepte que se trata de una “competencia administrativa” el vicio persiste porque tampoco está establecida en la Constitución local y, además, no asegura la tutela judicial suficiente exigida por la CSJN en el fallo “Fernández Arias c/Poggio”.

El Colegio de Escribanos se limitó a repetir los fundamentos exhibidos en su contestación inicial, y la Procuración General de la Ciudad hizo lo propio con los suyos. En particular, el Gobierno calificó a la competencia transitoria de la superintendencia del notariado ejercida por el Tribunal como un “mal menor”, en la medida que su supresión produciría un vacío legal en la regulación de la actividad de los escribanos en el ámbito local. Sostuvo asimismo que una eventual decisión del Tribunal de enviar la competencia de superintendencia del notariado a la justicia contenciosa administrativa y tributaria local, devendría inconstitucional porque el TSJ no puede legislar y vulneraría la división de poderes.

Por su parte el fiscal general adjunto ratificó lo dicho en su dictamen acerca de que los derechos de los extranjeros, al igual que los argentinos, no son absolutos y son pasibles de ser reglamentados. En ese orden hizo hincapié en la razonabilidad del art. 8º, inc. a), ley 404 y trazó un paralelo entre el plazo de naturalización exigido para aspirar a la matrícula notarial y el instituto de arraigo consagrado por el derecho procesal argentino.

Por último evocó que el art. 75, inc. 22, C.N., incorporó a los tratados internacionales —y entre ellos al Pacto de Costa Rica— “en las condiciones de su vigencia”, y explicó que por ello entendía que deben ser armonizados con la normativa sustantiva y reglamentaria local y vigente.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUÍZ dijo:

La ADC impugna la constitucionalidad del requisito de nacionalidad previsto en el art. 8º, inc. a) de la ley 404 y en el art. 2º, inc. a) de su dec. regl. 1624; y el ejercicio de las funciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado asignado al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires según lo dispuesto en los arts. 117, 120 inc. a) y b), 153 y 172 de dicha ley.

Se trata de dos cuestiones bien diferentes. La primera remite al contenido y alcance del derecho a la igualdad y del derecho a trabajar. La segunda refiere a la asignación transitoria, dispuesta en el art. 172 de la ley 404, de las atribuciones de Tribunal de Superintendencia del Notariado al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Trataré en los apartados I y II cada una de las cuestiones indicadas.

I

¿Es constitucional la prescripción del art. 8º, inc. a) de la ley 404 que exige el requisito de ser argentino, como condición para la inscripción en la matrícula profesional?

a) Los principales argumentos del GCBA y del Colegio de Escribanos para defender la validez de la exigencia de la nacionalidad argentina para ser escribano con registro, se sustentan en su supuesto carácter de funcionario público. Sin embargo, como lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de un riguroso examen del estatuto jurídico de los escribanos, la actividad notarial no es una función pública.

Sostuvo la CSJN “que la cuestión suscitada [un caso de responsabilidad del Estado por errores registrales] conduce a la necesidad de indagar si la actividad del escribano con registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionarios públicos, con las consecuencias legales que de ello se derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, el ejercicio de una profesión, bien dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de investidura, el control y las facultades disciplinarias, pero que no participa *strictu sensu* de aquél carácter” (consid. 8º) [Nota: CSJN, *in re* “Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización”, 18/12/1984].

Luego de advertir acerca de las dificultades asociadas al tema, que la Corte encuentra especialmente derivadas de la falta de precisión de las normas del Código Civil sobre el particular, el Alto Tribunal entiende que debe realizarse una exégesis sistemática del estatuto jurídico del notariado para dar una respuesta clara al tema (conf. consid. 10 del fallo citado). En este sentido, afirma que aunque no cabe duda de que el escribano, “como fedatario cumple una función pública por la investidura con que el Estado lo somete a su

superintendencia (...), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la Administración como puede serlo, en su medida, la remuneración” (consid. 10).

Es oportuno destacar aquí que, si bien las consideraciones de la Corte en el fallo citado aluden al régimen del notariado regulado por la ley 12.990, éste no presenta diferencias sustanciales, en lo que aquí interesa, con la actual ley local 404.

En el consid. 11 del mismo fallo, la Corte expresa: “Que en tales condiciones, se lo puede definir [al escribano público] como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyo actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos”. Asimismo, agrega que “...aun de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990 (arts. 43 y ss.)” (consid. 13).

El Gobierno de la Ciudad y el Colegio Público de Escribanos a partir de la errada identificación entre el escribano y el funcionario público objetan la aplicación del art. 20 C.N. que defiende la actora. Esas objeciones parten de un presupuesto equivocado y, lo que es más grave: sustentan una interpretación discriminatoria de los alcances del artículo referido, cuestión que trataré en el apartado d) y ya más extensamente en el apartado e), al remitirme a mi voto en la causa 3103/04.

En definitiva según la doctrina de la Corte, si bien el escribano cumple en ciertos aspectos una suerte de gestión pública, no es un funcionario público. Comparto la conceptualización de la Corte en esta materia. En efecto, la falta de dependencia orgánica del escribano respecto de los poderes públicos, la ausencia de subordinación jerárquica a una estructura administrativa, y la inexistencia de un vínculo económico a través de remuneración o estipendio, alejan —sin duda— la posibilidad de que los escribanos sean funcionarios públicos, aun cuando el Estado realice o establezca un régimen de concesión de funciones fedatarias. Tampoco parece menor la circunstancia de que los escribanos confeccionen las escrituras públicas y demás actos —protocolares y extraprotocolares— en nombre propio, y no en nombre del Estado.

b) La Procuración General de la Ciudad alega que la ADC parte de “una hipertrofiada atribución de sentido al principio de igualdad” (fs. 92 vta.), pero no explica en que consistiría la “hipertrofia” que atribuye a la afirmación de la actora. El Gobierno recurre a las distinciones bien conocidas entre “discriminación arbitraria” y “discriminación objetiva” (fs. 93); sostiene así, que son ilegítimas aquellas discriminaciones que establecen privilegios y excepciones que excluyen a unos de lo que se concede a otros, en igualdad de circunstancias. Sin embargo, este enunciado no da cuenta de cuáles serían, a su juicio, los parámetros y las distinciones que definirían la ilegitimidad ni como se establecería si “unos” y “otros” pertenecen o no a una misma clase, ni a partir de que pautas sería posible determinar si hay o no “igualdad de circunstancias”.

Dice el Gobierno más adelante que “[l]a distinción legal discrimina objetivamente entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros. No discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función público-administrativa que se llama a desempeñar” (fs. 94). La cuestión constitucional que la demandada elude reside no en la distinción entre los miembros de una misma clase (los extranjeros), sino en carácter discriminatorio que supone la exclusión de la clase de los extranjeros del ejercicio de la actividad notarial.

Las menciones del Gobierno a los requisitos establecidos para ser Presidente o Vicepresidente de la Nación, Diputado de la Ciudad Autónoma, agente de la Administración Pública Nacional, empleado público nacional y a los Reglamentos para la Justicia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia, no requieren análisis ya que su adecuación constitucional no es materia de esta decisión, y por otra parte, resultan definitivamente ajenos a la situación de autos (la de los escribanos) en función de la jurisprudencia de la CSJN tratada más arriba.

Tampoco es acertada la referencia parcial al caso “Vadell”, que el GCBA incluye en su presentación. La complejidad a la que se refiere la Corte no alude al tema a resolver sino a la que deriva de la falta de su regulación precisa en el Código Civil, y como ya dije, fue despejada por el mismo Tribunal al fijar en qué consiste la función atribuida a los escribanos.

c) El Colegio Público de Escribanos fue citado como tercero por el Tribunal. En su oportunidad expresé mi disidencia respecto de esa citación, dada la índole de este proceso (conf. mi voto a fs. 1830/1834). Sin embargo, en atención a la decisión de la mayoría trataré a continuación la presentación del Colegio.

El tercero formula en primer término una serie de consideraciones, todas ellas inatendibles, respecto de la legitimidad de la Asociación de Derechos Civiles, porque la admisibilidad de la acción ya había sido resuelta por

el Tribunal al darle curso y el Colegio no aporta elemento alguno que amerite volver sobre el punto. Y por otro lado, porque sostiene “que la actora no tiene la condición jurídica necesaria para demandar en relación con el derecho que invoca” (fs. 65 vta.), por cuanto se trataría de una actividad desvinculada con su objeto. Sin embargo, según los estatutos de la ADC, la asociación está destinada a promover o proteger el respeto a los “derechos fundamentales del individuo...”. La expresión “derechos civiles” entre sus acepciones posibles, es la traducción de “civil rights”, locución inglesa que es, en muchos sentidos, equiparable a la expresión “derechos humanos”, “derechos del hombre” o “derechos fundamentales” utilizadas por sistemas jurídicos de base continental; en definitiva referida a aquellos derechos y garantías básicas que, expresa o implícitamente, tienen jerarquía constitucional. Y es acerca de alguno de estos derechos (el de igualdad, el de trabajar, el del acceso a la justicia y a la jurisdicción) justamente lo que se discute en esta causa.

El Colegio Público de Escribanos parece ignorar la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia que reiteradamente ha destacado que la acción prevista en el inc. 2º del art. 113, CCBA propone un control de constitucionalidad objetivo, con lo cual cualquier habitante de la Ciudad puede interponer la acción. Quién acciona no necesita demostrar “ningún interés”, porque no es requisito constitucional ni legal establecer una conexión entre quien demanda y el problema constitucional que expone, de ahí la insustancialidad de la referencia a los matriculados en esa institución que el tercero considera en su presentación. El objeto de este tipo de acciones es traer a decisión del Tribunal un conflicto internormativo no intersubjetivo. El Colegio de Escribanos no advierte ese matiz relevante que conlleva la acción de inconstitucionalidad prevista por la CCBA, porque limita la posibilidad de reclamo judicial a aquellas situaciones que satisfacen los requisitos del “caso” y del “interés”.

A su vez al definir a la acción del inc. 2º, art. 113, CCBA como acción popular, el Colegio no se hace cargo del carácter participativo de aquella (conf. art. 1º, CCBA), ni de la reglamentación legal extendida de la legitimación (art. 18, ley 402) ni de la jurisprudencia del Tribunal. En contra de lo que afirma, la acción declarativa de inconstitucionalidad no fija “prestaciones” a favor de nadie, no condena y se agota en la declaración de validez o invalidez del precepto cuestionado.

d) En cuanto a la primera de las cuestiones de fondo, la mayoría de las consideraciones del punto 4.2.2. de la presentación del Colegio de Escribanos quedan refutados por la doctrina del fallo Vadell. Así sucede, por ejemplo con la alegación de que el ejercicio de notariado es una función pública o, la de que el art. 20, C.N. no contempla el empleo público, toda vez que, como ya se vio, la actividad notarial no es empleo público.

e) Cabe concluir, entonces, que la profesión de escribanos es de aquella clase de trabajo o profesión que el art. 14, C.N. reconoce a todos los habitan-

tes de la Nación y que el art. 20 garantiza a los extranjeros. El art. 8º, inc. a) de la ley 404 no supera un escrutinio estricto de constitucionalidad, y en este punto la orfandad argumentativa del Gobierno y del Colegio exhibe la invalidez de la norma impugnada.

Los fundamentos que expuse en mi voto en el expte. n° 3103/04, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” son íntegramente aplicables a esta causa, y me limitaré a reproducirlos en los que sigue:

“La C.N. en su art. 20 establece que ‘[l]os extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias’. A su vez el art. 16 dispone que todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley”.

“Finalmente, el art. 11, CCBA reconoce y garantiza ‘el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo’. Asimismo obliga a la Ciudad a promover ‘...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’”.

“La cuestión a dilucidar es cuál es el alcance de la prohibición de discriminación insita en el art. 16, C.N. y en el art. 11, CCBA, a la luz de los derechos expresamente reconocidos a los extranjeros en el art. 20, C.N. En otras palabras, ¿la norma cuestionada es producto del ejercicio legítimo de la facultad que, en principio, los poderes políticos tienen para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulte conveniente a efectos de llevar adelante sus objetivos? ¿O, por el contrario, se trata de una distinción inconstitucional por responder a prejuicios o estereotipos que tienen por fin excluir del ejercicio legítimo de sus derechos a un colectivo de personas?”.

“En esta acción, la actora ha denunciado en la normativa local el empleo de una de las clasificaciones ‘sospechosas’ (fs. 27)”.

“Tal como sostuvo con anterioridad en ‘Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/ADI’ (CyJ, *Fallos TSJBA*, t. III, p. 709) es el Estado quien debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente no es una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de la carga justificatoria, y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado.

La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida una vez acreditado, por quien impugna la norma, el empleo de una distinción sustentada en una clasificación sospechosa. La sospecha de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria, y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos”.

“De modo que en este proceso, el Estado debió explicitar las razones concretas por las cuales acudió a la clasificación cuestionada para establecer la distinción que se objeta. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad”.

“El Estado local no logró a lo largo del proceso, justificar el empleo de la clasificación entre nacionales y extranjeros para efectuar una distinción de trato que excluye a este último grupo de personas de la posibilidad de ingresar a la carrera docente. En la presentación del fs. 55 y ss., la Procuración General sostiene en defensa del art. 1º de la ley 668 que ‘no toda distinción introducida en las normas, cualquiera sea el carácter de estas últimas, constitucional, legal o reglamentario, las torna, en razón de tal distinción, ilegítimas u arbitrarias. Sólo estaríamos en presencia de ese supuesto, si las condiciones impuestas lo fueran para algunos y no para todos de un grupo de iguales. La distinción que la norma impugnada expresa, discrimina objetivamente entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros. No discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función a desempeñar’ (fs. 57 vta.)”.

“Esta argumentación no logra superar el estándar de escrutinio al que aludí en el párrafo precedente, por las razones que daré a continuación”.

“La primera está referida a la forma en que debe ser conceptualizada la discriminación. A juicio de la demandada, la misma sólo se configuraría cuando distinguimos entre un ‘grupo de iguales’ a los que define como los extranjeros entre sí y los nacionales entre sí, respectivamente”.

“Da por supuesto entonces que los criterios valorativos que instituyen a un conjunto de personas como iguales se derivan de la propia norma cuestionada y que estos son correctos, auto evidentes y/o naturales. Sin embargo, el parámetro para distinguir si una norma es contraria a la igualdad o no, lógicamente no puede ser la propia norma sometida a escrutinio constitucional”.

“En la cuestión que nos ocupa el criterio está establecido de forma prístina en los arts. 16 y 20, C.N., en el art. 11, CCBA ya citados, en sentido concordante con lo prescripto por los arts. 7º y 30 de la DUDH; los arts. 24 y 29, inc. a) de la CADH; el art. 2º, inc. 2º del PIDESC; y los arts. 2º, 3º, 5º y 26 del PIDCP. Respecto de este último es dable destacar que en la observación general 18, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo

que en ‘virtud del art. 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley’. A juicio del Comité ‘el art. 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el art. 2º sino que establece un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el art. 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, *al aprobar una ley, un Estado parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el art. 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio*’ (el destacado me corresponde)”.

“En segundo lugar, la forma en que la demandada define la igualdad, es decir como aquella que no distingue entre un colectivo de personas previamente calificadas como iguales a partir de un parámetro preestablecido e incuestionado, es similar al sostenido por quienes estaban a favor de la segregación racial en los Estados Unidos, y que fue rechazado por la Corte Suprema de ese país en el célebre caso ‘Brown v. Board of Education’”.

“A la luz del art. 11, CCBA tal interpretación es expresamente prohibida por el art. 11, CCBA porque establece una discriminación que tiende a la segregación”.

“El argumento desarrollado por la señora procuradora al momento de la audiencia, y según el cual la norma no es discriminatoria porque el trámite de naturalización es muy simple, tampoco es admisible. En primer lugar, porque va en contra del art. 20, C.N. según el cual los extranjeros ‘[n]o están obligados a admitir la ciudadanía’, y en segundo lugar porque el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser entendido en desmedro del goce de otros derechos constitucionalmente reconocidos”.

“Por último, es relevante a los fines de este proceso tomar en cuenta que en la Ciudad de Buenos Aires, los extranjeros gozan de derechos políticos desde mucho antes de la reforma de la C.N. de 1994 y de la sanción de la CCBA. En ese marco, la arbitrariedad de la privación de un derecho civil es aún más evidente” (expte. n° 3103/04, ‘Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’”).

f) Con apoyo en los argumentos expuestos precedentemente el art. 8º, inc. a) de la ley 404 y el art. 2º, inc. a) de su dec. regl. 1624 son inconstitucionales. Respecto de la última de las normas indicadas la declaración de inconstitucionalidad, por razones de seguridad jurídica e interdependencia, la misma sólo perderá vigencia a partir de que opere el presupuesto previsto en el art. 113, inc. 2º, CCBA respecto del art. 8º, inc. a) de la ley 404.

II

Analizaré ahora la segunda cuestión traída a decisión del Tribunal, vinculada con su competencia, y que dividiré bajo la forma de dos interrogantes.

a) ¿Qué clase de funciones desarrolla el Tribunal de Superintendencia del Notariado?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*, 327:3626 del 7/9/2004, y haciendo suya la opinión del Procurador General de la Nación abordó las funciones y procedimientos ante el Tribunal de Superintendencia del Notariado a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dijo en esa ocasión que “no es un proceso típicamente judicial, sino un sumario disciplinario que se instruye ante órganos con facultades para determinar si el escribano incurrió en alguna de las conductas pasibles de sanción y, eventualmente, aplicarlas”.

En el mismo sentido entendió que “el carácter local que tuvo y tiene el Tribunal de Superintendencia que habrá de intervenir en los sumarios —cuyos miembros no se confunden con el órgano judicial al que pertenecen— así como de las funciones que desempeña, impide considerar, desde mi punto de vista, que, en el caso, se produzca la denegatoria del fuero federal que, de modo excepcional, tornaría admisible el remedio extraordinario interpuesto”. Y, en una clarísima calificación del carácter administrativo del Tribunal de Superintendencia del Notariado, la sentencia agrega: “tampoco advierto una situación de privación de justicia, pues el apelante, una vez que aquel órgano dicte la resolución correspondiente, podrá disponer de las vías procesales que considere adecuadas para la defensa de sus derechos y, por otra parte, la ausencia de sentencia definitiva en el pronunciamiento no puede suplirse mediante la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas (*Fallos*, 308:1230; 311:1042; 313:227, entre otros)”.

Tal como resulta de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que comparto en todos sus términos se sigue que el Tribunal de Superintendencia del Notariado es un tribunal de índole administrativa y sus decisiones se encuentran alcanzadas por la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*, 247:646 y por las garantías establecidas en los arts. 8.1. y 25 de la CAHD; art. 14, PIDCP; art. 10, DUDH; art. XVIII, DADH; y art. 12, inc. 6º, CCBA. En consecuencia, las resoluciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado son susceptibles de impugnación ante las instancias ordinarias y por las vías y procedimientos que, según la índole y los alcances de la pretensión, posibiliten la mejor y más efectiva tutela jurisdiccional.

A mi juicio, es por similares fundamentos que la Corte en *Fallos*, 327:3626 no considera al Tribunal Superintendencia del Notariado como el tribunal superior de la causa, y ni a sus decisiones como sentencias definitivas desde el punto de los requisitos propios del recurso extraordinario federal.

b) ¿La índole de las funciones a las que se alude en el punto anterior, es decir, funciones administrativas, pueden ser cumplidas por el Tribunal Superior de Justicia sin violar el art. 113, CCBA?

Es oportuno ahora recordar que la actora sostuvo en la audiencia la tesis de que ni siquiera funciones de tribunal administrativo podían ser adjudicadas al Tribunal Superior de Justicia por vía legal, sin infringir la CCBA.

El art. 113, CCBA fija la competencia originaria y derivada (o recursiva) del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Esta competencia, definitivamente jurisdiccional, no puede ser aumentada ni disminuida por el legislador común, salvo la hipótesis prevista por el propio texto constitucional para la materia electoral (conf. art. 113, inc. 6º, CCBA).

Tampoco podría, en principio, el legislador local encomendar funciones “jurisdiccionales” de carácter administrativo al Tribunal, ya que por ese camino se alteraría el ámbito de actuación fijado por el constituyente al Tribunal. Es obvio que la CCBA prefirió que el Tribunal se concentrara en determinadas materias y tipos de conflictos y excluyó otros. Esto no es sólo un problema de preferencias, importa un juicio del constituyente respecto de la manera de asegurar una labor efectiva del máximo órgano jurisdiccional de la Ciudad.

No obstante, las funciones del Tribunal Superior de Justicia deben ser apreciadas, en esta etapa, desde la perspectiva del art. 6º de la CCBA y en el contexto en que fueron ordenadas.

El art. 6º, CCBA establece que “[l]as autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida por los arts. 129 y cons. de la C.N.”.

Parece razonable inferir que la legislatura para mantener, preservar y desarrollar la autonomía de la Ciudad y materializar el ejercicio del poder de policía local sobre la función notarial, pudo entender adecuado adjudicar transitoriamente la competencia como Tribunal de Superintendencia, al Tribunal Superior de Justicia.

De esta forma el legislador no sólo cumplió con el mandato del art. 6º, CCBA sino que, además facilitó —al tiempo de entrada en vigor de la ley 404— el traspaso de un régimen y su correspondiente poder de policía sin que todas las instituciones creadas en la ley mencionada estuviesen integradas. Es esa nota de transitoriedad y la premisa fundamental de preservar la autonomía la que, a mi juicio, justifican la competencia transitoria del Tribunal Superior de Justicia para ejercer las funciones asignadas por la ley 404.

Lo dicho hasta aquí no me impide señalar *obiter dictum* que la transitoriedad prevista en el art. 172 de la ley 404, requiere una revisión legislativa que tome en cuenta el tiempo transcurrido, pues las necesidades y coyunturas del año 2000 se han diluido en gran medida y parece constitucionalmente aconsejable, reconducir la competencia del Tribunal de Superintendencia del Notariado a un tribunal ordinario, y preservar la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus límites originales.

Por lo expuesto, voto :

- a) *Declarar* la inconstitucionalidad del art. 8º, inc. a) de la ley 404 y disponer, en consecuencia, se remita la presente decisión a la Legislatura para los efectos previstos en el art. 113, inc. 2º, CCBA.
- b) *Declarar* la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. a) del dec. regl. 1624, con los alcances efectuados en el apartado I, punto f).
- c) *Rechazar* los demás planteos de inconstitucionalidad por infundados.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. La accionante impugna la validez constitucional de distintos artículos de la ley y el decreto reglamentario que regulan la actividad profesional de los escribanos

- a) Por un lado, cuestiona la constitucionalidad del art. 8º, inc. a) de la ley 404 y del art. 2º, inc. a) del dec. regl. 1624/00, que establecen como requisito de inscripción en la matrícula profesional de los escribanos ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización, y exigen su acreditación con la partida respectiva. Ello por considerar que dichas normas vulneran los arts. 16 y 20 C.N., el art. 11, CCBA, el art. 1.1 de la CADH y el art. 26 del PIDCP, al establecer una discriminación injustificada, una fuerte desigualdad entre nacionales y extranjeros, con respecto al goce de un derecho —el ejercicio de la profesión de escribano— que califica como “civil”.
- b) Por otro lado, atacan la constitucionalidad de los arts. 117, 120 incs. a) y b), 153 y 172 de la ley 404, que le confieren al Tribunal Superior de Justicia facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado, por considerar que:
 - i) ello desconoce los límites de la jurisdicción apelada del Tribunal contenidos en el art. 113 inc. 3º, CCBA;
 - ii) el control judicial no sería suficiente en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y
 - iii) el sistema de enjuiciamiento previsto en la ley 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia judicial previsto en el art. 8º.2.h de la CADH.

Ambas críticas serán analizadas a continuación y separadamente, por cuestiones metodológicas.

II. El requisito de nacionalidad para ejercer la profesión de escribano

I. En primer lugar, cabe mencionar que determinadas consideraciones expuestas en mi voto de la sentencia dictada con fecha 31/03/2005 en autos “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. n° 3103/04), son aplicables al presente caso ya

que se trata en lo sustancial de la misma cuestión a resolver, esto es la constitucionalidad del requisito de la nacionalidad argentina para el ejercicio de una función pública. En consecuencia, considero apropiado recordar —en forma previa al concreto análisis del caso que nos ocupa— los lineamientos básicos de interpretación que quedaran establecidos en la referida oportunidad.

Como soporte jurídico del criterio que estimo aplicable, sostuve en el mencionado precedente que: “Para decidir acerca de la validez constitucional de la normativa impugnada es menester analizar los artículos que la parte actora dice vulnerados, interpretándolos para determinar su real alcance y sentido con vinculación al ejercicio de las funciones docentes en el ámbito de educación pública de la Ciudad.

El art. 20, C.N. garantiza a los extranjeros el goce de todos los derechos de naturaleza civil en igualdad con los ciudadanos, disponiendo que no están obligados a adquirir la ciudadanía ni a pagar contribuciones extraordinarias. Por su parte, el art. 16 prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.

El art. 11 de la CCBA garantiza —en forma ampliada, pues enumera distintos supuestos de discriminación que no admite—, la igualdad ante la ley reconocida a nivel nacional.

Dentro de las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional es necesario distinguir las que se refieren a los habitantes, dentro de las cuales se encuentra el art. 20; de las que se refieren a los ciudadanos, dentro de las cuales se imponen obligaciones como la prevista en el art. 21 y el ejercicio de los derechos de naturaleza política, especialmente los de índole electoral.

Esta distinción, efectuada desde la norma fundamental del Estado, no hace sino verificar que, cuando el art. 16 establece la igualdad de todos los habitantes ante la ley, debe entenderse en el sentido que lo hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir de “igual trato ante igualdad de circunstancias”. La discriminación prohibida e inadmisible se verifica cuando —en forma arbitraria e irrazonable—, por motivo de raza, religión, sexo, condición social u otras, se vulnera la igualdad de trato entre quienes se encuentran en paridad de condiciones.

El art. 20, C.N. garantiza a los extranjeros el ejercicio de todos los derechos civiles, es decir aquéllos propios de esa rama del derecho, que comprenden esencialmente las relaciones propias del ámbito privado. Para mayor claridad, el artículo enumera ejemplificativamente, algunos de ellos, a saber: ejercer industria, comercio o profesión; comprar y vender bienes inmuebles; navegar por los ríos y costas; ejercer su propio culto; hacer testamento y contraer matrimonio. Por supuesto, todo ello conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (arts. 28 y 33, C.N.).

La Constitución Nacional no prescribe ni impone igual trato entre extranjeros y nacionales cuando se refiere al ejercicio de derechos políticos, para los cuales en forma expresa requiere la condición de ser argentino (arts. 48,

55, 89 y 111), limitación que también se encuentra prevista a nivel local (arts. 62, 70, 97 y 112, CCBA), aunque, por excepción, se permite al extranjero residente votar (art. 62, párr. 2º, CCBA). Tampoco lo exige cuando se trata de derechos de índole mixta o parcialmente política, como es el caso del desempeño de una función pública —administración de justicia, servicio exterior, fuerzas armadas, de seguridad, administración de aduanas y puertos y otras— mediante cargos jerárquicos y de responsabilidad vinculados a la soberanía o con el desarrollo de políticas públicas para los cuales se requiere arraigo y compromiso con la Nación. En estos casos la Constitución difiere al Congreso (art. 75, inc. 19) o al Poder Ejecutivo (art. 99, incs. 2º y 7º) la determinación de los requisitos para el desempeño de las diversas funciones. Estas condiciones, formalmente y de cara a la sociedad, más allá de la valoración concreta que pueda existir en cada caso particular, componen la “idoneidad” que exige el art. 16, C.N.

La distinción apuntada se refleja en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que integra tanto la Constitucional Nacional, como la de la Ciudad de Buenos Aires. Este tratado dispone genéricamente en su art. 26 que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, en tanto en el art. 25 establece que: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: *a*) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de los representantes libremente elegidos; *b*) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; *c*) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Se advierte claramente el diferente tratamiento cuando se refiere a “todas las personas” y cuando lo hace con relación a “todos los ciudadanos”. A todos los que habitan un territorio se les garantiza en forma amplia y genérica que no habrá discriminación y, por otro lado, específicamente, se refiere a los derechos que tienen los nacionales, entre los que se menciona “tener acceso... a las funciones públicas de su país”, prerrogativa que no reconoce a los extranjeros y que no puede considerarse comprendida en la norma del art. 26 en tanto ello privaría de sentido la inclusión del art. 25.

A la luz de la interpretación armónica de la Constitución Nacional y del Pacto, que alcanza incluso al art. 11 de la Constitución local, no cabe duda de que cuando se trata de ejercer determinadas funciones vinculadas con la soberanía, la seguridad, o de llevar adelante políticas públicas que involucren un

interés de contenido vital para la Nación, el Poder Legislativo se encuentra habilitado a exigir, como componente de la idoneidad, la condición de ciudadano argentino, siempre y cuando la reglamentación no vulnere los límites de la razonabilidad en orden a los fines perseguidos o no se la utilice con fines persecutorios u hostiles.

La interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse aisladamente, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de valorarse de acuerdo con el contenido de las demás y de los instrumentos internacionales que lo integran.

De acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente, entiendo que el análisis de la cuestión planteada por la actora no pasa por determinar si se ve menoscabado o no el art. 20, C.N. No está en tela de juicio que los extranjeros gozan en el territorio de la República Argentina de todos los derechos civiles del ciudadano. Sobre este punto no existe duda alguna, ni podría haberla, atento a la contundencia del texto constitucional.

El juicio de validez de la norma impugnada debe ser considerado a la luz de lo dispuesto por el art. 16, C.N. en cuanto dispone que: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en sus empleos sin otra condición que la idoneidad”.

La igualdad ante la ley, principio esencial de nuestro sistema constitucional, no guarda correspondencia ni puede ser identificado con la idoneidad a la que se refiere el artículo. Mientras la igualdad garantizada se refiere a la inadmisibilidad de discriminación alguna para una categoría o grupo de habitantes en razón de sus características personales, la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser instituidos por las leyes o los reglamentos. No se trata de un concepto genérico, como lo es el de igualdad, sino de un conjunto de condiciones exigidas para el ejercicio de los empleos, cuya razonabilidad debe ser ponderada en cada caso concreto con relación a la diversidad de las funciones y tareas a desempeñar.

En particular, y tal como lo señala el juez Casás en un pronunciamiento anterior, la condición de la nacionalidad argentina como requisito constitutivo de la idoneidad en materia de empleo público, no constituye una excepción sino la regla (conf. *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 154 y ss., en: “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, resolución del 20/6/2000, voto del Dr. Casás). También Marienhoff destaca que, tanto en el derecho comparado como en el provincial argentino, se presentan numerosos casos en los que se exige la nacionalidad como requisito para el desempeño de cargos públicos (MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualiz., reimp., t. III-B, p. 124).

Parte de la doctrina administrativista considera al de la ciudadanía como uno de los presupuestos de la idoneidad para el desempeño de determinados cargos públicos (conf. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho adminis-*

trativo, t. III, TEA, Buenos Aires, 1951, p. 367; Díez, Manuel María: *Manual de derecho administrativo*, 4ª ed., t. 2, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, p. 94).

Bielsa ha sostenido que "...las leyes pueden establecer el requisito de la ciudadanía para el ejercicio de funciones como las políticas y las judiciales, y para las que siendo de índole administrativa presuponen un sentido político (en alto concepto de lo político), porque implican una dirección superior de la Administración..." (conf. BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo*, 5ª ed., t. II, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 85).

Al pronunciarme sobre la constitucionalidad del requisito de la nacionalidad argentina para admitir la presentación de un postulante extranjero en un concurso de cargos judiciales, sostuve que no se vulnera la igualdad establecida en la Constitución "...cuando se exige la condición de nacional para ocupar un puesto de funcionario en uno de los poderes de gobierno del Estado local; pues el mandato de igualdad en la formulación del derecho no significa ni que el legislador tenga que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales, se encuentren en las mismas situaciones fácticas, deban ser tratados exactamente de la misma manera y deban ser iguales en todos los aspectos (ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 384 y 385, citado en la causa "Gottschau, Evelyn Patricia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja", expte. n° 361/00, 20/6/2000).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en innumerables ocasiones, el carácter relativo de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, que veda considerar cualquier derecho como absoluto dentro de un orden político que la misma norma fundante establece. Admitida la facultad de reglamentación de los derechos constitucionales por parte del Estado nacional o provincial, resulta pertinente analizar si la regulación en cuestión supera el test de razonabilidad. De no ser así, se caería en igual despropósito que considerar incondicionado el acceso a cargos vinculados con las políticas públicas de los distintos gobiernos.

Con respecto a la adecuación de los medios al fin considerado constitucionalmente permitido, he dicho en otras ocasiones que: "Se trata de un examen de tipo instrumental, de racionalidad medios/fin, y que —dada la aplicación al caso de un tipo de escrutinio simple—, para que la norma reglamentaria supere el examen de constitucionalidad, basta que la solución propuesta por el legislador no sea considerada irracional. La existencia de otros medios plausibles o deseables no empece a la validez constitucional de la norma impugnada" (mi voto, en expte. n° 2671/03, "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia 20/10/2004).

No es tarea de los jueces pronunciarse acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las reglamentaciones que implementan los poderes legislativo y administrador, pues ello violentaría el principio de la división de poder-

res. Sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva. Se debe ponderar, entonces, el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida”.

2. Sentado el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, cabe determinar si el Legislador local pudo, validamente desde la óptica constitucional, establecer la exigencia de la nacionalidad argentina como requisito de idoneidad para el ejercicio de la profesión de escribano.

La norma atacada regula el ejercicio de la actividad notarial en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y la índole de esta función no es una cuestión menor en el análisis del planteo puesto a consideración del Tribunal.

Acerca de la *naturaleza jurídica de la función notarial*, las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales son controvertidas, resultando de las mismas, básicamente, tres corrientes (una completa recopilación de las diferentes posturas con remisión a sus autores y corrientes puede verse en el voto Dr. Jorge Alterini como juez de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, publicado en *ED*, 71, pp. 400/401), a saber:

- i) Una de ellas sostiene que los escribanos de registro son funcionarios públicos cuando desarrollan la profesión con la facultad de dar la fe pública, es decir como fedatarios, ya que dicha potestad ha sido delegada por el Estado y por ello su tarea se ubica y rige por lo dispuesto en el art. 1112 del Cód. Civil, interpretación que era reforzada por el art. 10 de la anterior ley 12.990 —modif. por la ley 14.054— que dispone que “el escribano de registro es funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan. Sólo a él compete el ejercicio del notariado”.
- ii) Otra corriente considera que el escribano es un “profesional liberal”, que no desempeña una función pública ni autoriza actos en nombre del Estado, que carece de remuneración por parte de los entes públicos, su actividad deriva de la ley y se encuentra reglada por el poder público, pero de ninguna manera el interés social que está en juego modifica su naturaleza privada.
- iii) Y por último, una tesis intermedia sostiene que el escribano, si bien es un profesional liberal que no integra la Administración pública, realiza una función pública en virtud de una delegación estatal.

Este último criterio es el que ha seguido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que “...si bien no caben dudas que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y ss., ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas fun-

cionales no integra, no está sometido al régimen de jerarquía que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración. Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente lo exterioriza a través de sus órganos...” (CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires”, LL, 1985-B, 3).

En la misma línea, un concepto también mixto se estableció en el mencionado fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, donde se sostuvo que: “El escribano de registro no es propiamente un funcionario público, pero la importante misión a él encomendada desborda los marcos de una ubicación excluyente como profesional del derecho y en esa medida las concepciones intermedias captan con mayor adecuación a la realidad las características de sus funciones” (voto del Dr. Alterini al que adhieren los Dres. Cifuentes y Belluscio, resolución del 5/11/1976, ED, 71-399).

Por lo demás, no puede desconocerse que se encuentra investido —aun cuando se trate en esencia de un profesional liberal— de una función pública con delegación especial del Estado y sujeto a su potestad reglamentaria y disciplinaria, tal como lo demuestran las prescripciones contenidas en el Código Civil, fundamentalmente en los arts. 993 y 994, que le otorgan aptitud legitimadora, estableciendo los requisitos que deben reunir las escrituras públicas que autoriza (art. 1004, Cód. Civil) y dotándolas de fuerza probatoria por sí mismas entre las partes y frente a terceros. Esta circunstancia resulta concluyente para afirmar que resulta absurdo negar que el escribano, aun cuando no sea esencialmente un funcionario público, se encuentra afectado al cumplimiento de una tarea de índole pública —llámese gestión pública, servicio público, función pública, concesión o como quiera denominársela en el ámbito de las diferentes doctrinas—, que no está sujeta a su arbitrio sino específicamente a las formalidades que el Estado le impone para considerar válida la actuación delegada (art. 1044, Cód. Civil, *in fine*).

3. El Gobierno de la Ciudad al contestar la demanda y el Colegio de Escribanos, al contestar la citación dispuesta por el Tribunal, expusieron las razones que justifican la exigencia de nacionalidad, vinculándola con la naturaleza pública de la función que desempeñan los notarios y remarcaron que este temperamento es el mismo que se sostuvo siempre en nuestro país y es el mismo que se adopta en la mayoría de las provincias; que la titularidad de los registros es del Estado; que la fe pública notarial es una actividad delegada por el Estado, entre otras consideraciones acerca de las notas propias de la función pública notarial, argumentación que no fue desvirtuada por la parte actora en la audiencia de debate.

Como fue ya señalado, en este caso no se verifica un supuesto en el que resulten afectadas normas contenidas en la Constitución local ni en la nacional; tampoco se encuentran vulnerados derechos enunciados en los Pactos y Tratados que se invocan puesto que la interpretación de estas normas debe efectuarse en consonancia con otras que contemplan supuestos no alcanzados por el principio general de reconocimiento de tales derechos.

En efecto, el mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales invocado por la parte actora, señala en el art. 4º —como pauta genérica de aplicación— que: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” . La ley 404 ha sido dictada por la legislatura local en ejercicio de sus atribuciones (art. 80, párr. 2º, inc. b) y las limitaciones establecidas tienen relación con la naturaleza de servicio público que caracteriza a la función fedataria que el Estado adjudica a los escribanos, en el entendimiento de que esta restricción promueve el buen desempeño del notariado.

Como consecuencia necesaria de la trascendencia de la función pública que ejerce el escribano, que compromete el interés general de la sociedad, los poderes Legislativo y Ejecutivo gozan de facultades para reglamentar dicha actividad y, en lo que nos interesa, establecer requisitos de idoneidad más severos que los contemplados para ejercer otras profesiones liberales.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la Nación afirmó reiteradamente que “...la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado (*Fallos*, 235:445; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086) (...) esta Corte consideró válida la reglamentación legal de la aludida profesión —por ejemplo, en cuanto a las sanciones aplicables a los escribanos públicos— en tanto fuera razonable, es decir, guardara adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalizara el derecho constitucional de trabajar (*Fallos* 311:506; 315:1370)...” (CSJN, 12/11/2002, “Franco, Blanca Teodora c/Provincia de Buenos Aires”, *LL*, 2003-B, 286).

La Corte nacional también sostuvo que “...la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro. De ahí pues que la atribución o concesión de facultades tan delicadas tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene...” (CSJN, 23/6/1992, “Colegio de Escribanos”, consid. 5º del voto de la mayoría, *Fallos*, 315:1370).

Por otra parte, la exigencia de nacionalidad argentina nativa o por naturalización por un lapso no menor de diez años, constituye un requisito de idoneidad para el ejercicio del cargo de escribano, incluso puede calificársela de requisito común para el desempeño del cargo de funcionario público en general (conf. ARMELLA, Cristina: *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Alberto Bueres, y coordinado por Elena Highton, t. 2-C, Hammurabi, p. 20).

En consecuencia, para efectuar un juicio de valor acerca de la razonabilidad de la exigencia de nacionalidad argentina para el otorgamiento de la matrícula profesional a los escribanos, no es posible ni resulta correcto prescindir de estas características propias de la función notarial.

4. Dentro de este contexto, teniendo en cuenta la importancia social y el interés público comprometido en la tarea de dar fe pública a actos y contratos de particulares, así como también el carácter de “función pública” que desempeñan los escribanos, el requisito de la nacionalidad no parece irrazonable ni arbitrario para conformar la idoneidad requerida para el desempeño de la actividad notarial, de acuerdo a la forma en que fue entendido por los legisladores locales y aun cuando su fundamento pueda resultar opinable para parte de la población.

El legislador ha estimado que para el ejercicio de dicha función pública, resulta útil o apropiado contar con la calidad de ciudadano argentino, sin que se distinga si se lo es por nacimiento o en forma adquirida. En el caso de los extranjeros, el vínculo jurídico que establece con el país al adquirir la ciudadanía cobra relevancia cuando se trata del desempeño de una función pública tan importante como la que ejercen los escribanos, pues exterioriza —de manera visible a la sociedad— su *vocación de pertenencia y compromiso cívico*, sin desmedro del compromiso afectivo que —desde ya— se presume que posee quien decide establecerse y trabajar en nuestro país.

Por otra parte, la decisión de un extranjero de adoptar la ciudadanía argentina demuestra un sentimiento de arraigo al país que es trascendente en el caso de los escribanos, quienes deben responder civil, penal y administrativamente por el ejercicio de la función pública que el Estado les delega. Vale mencionar, además, que el trámite para gestionar la ciudadanía no está sujeto a formalidades extraordinarias y que, en forma acorde con la generosidad y amplitud que manifestó históricamente nuestro país hacia los extranjeros, no se requiere, para ser ciudadano argentino, poseer bienes patrimoniales, títulos universitarios, trascendencia en alguna actividad, familiares residentes en el país, ser natural de países “preferidos”, o cualquier otra nota particular que impida acceder a este beneficio; lo cual es lógico desde que el Preámbulo de la Constitución Nacional invita a hacerlo a “todos los hombres de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino”.

En este punto, considero necesario señalar que, cuando se trata del ejercicio de funciones públicas vitales para el Estado, no resulta aplicable —sin

más y prescindiendo de las notas características de este tipo de tareas— la doctrina que entiende que la exigencia de la nacionalidad queda incluida dentro del concepto de “categoría sospechosa” y que ello resulta suficiente para predicar su cuestionamiento constitucional. ¿Qué puede tener de sospechoso que un Estado exija, para delegar una actividad que le es propia y que puede afectar su orden público o interés general, que la persona a quien va a encomendar tal función posea un atributo que lo vincule jurídica y políticamente con ese mismo Estado y no con un Estado diferente?

Como juez, creo que es mi deber advertir que no debe propiciarse —dilatando al máximo la brecha que ya existe entre aquello que la sociedad entiende conforme el sentido común y la respuesta que se da desde el orden jurídico aplicable— la transpolación de teorías que, aplicadas en forma indiscriminada, se traducen en interpretaciones que confunden a la población acerca de la naturaleza de las instituciones. La sociedad, para progresar y desarrollarse, necesita confiar en los escribanos que instrumentan los diversos contratos propios de la vida negocial, documentan la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, fiscalizan el cumplimiento de las prescripciones exigidas por las leyes para validar los diversos actos jurídicos, otorgan fe acerca de la identidad de las personas y de sus firmas, etc. Parte de esa confianza se genera a partir de la comprensión, mediante el sentido común, de la normativa que regula la actividad.

5. Tal como ha sido planteada la cuestión a través de la vía elegida, que sólo permite analizar el control abstracto de inconstitucionalidad de la norma que se impugna, debe quedar claramente sentado que, de lo que aquí se trata es de determinar si la decisión política de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de requerir la nacionalidad argentina —o su subsistencia por un término de diez años en caso de naturalización— para ingresar en la matrícula notarial, resulta válida.

En este sentido, sin valorar si ello constituye la mejor de las alternativas o si cuenta con el beneplácito de la población o de la comunidad académica, los motivos y fundamentos brindados por la Procuración de la Ciudad y por el Colegio de Escribanos de la Ciudad resultan suficientes para resistir el control de razonabilidad constitucional.

En efecto, no se advierte en la norma cuestionada diferenciación entre categorías de extranjeros, arbitrariedad, o fines persecutorios o de segregación de un grupo de habitantes, por lo que no puede considerarse discriminatoria en los términos de los arts. 16 y 20, C.N. y 11 de la CCBA, pues da igual trato a todos los extranjeros, cualquiera sea su nacionalidad, sin efectuar distinciones según el origen del postulante extranjero.

Tampoco resulta irrazonable o arbitrario exigir un requisito de idoneidad que, como el evaluado, determina que sean sólo ciudadanos argentinos nativos o naturalizados por un lapso no inferior a diez años, quienes ejerzan

funciones notariales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en razón del particular régimen que rige para el desempeño del cargo de escribano.

Por último, no debe perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional que la convierte en la última *ratio* del ordenamiento jurídico, por lo que —más allá de la coincidencia o discrepancia personal—, lo cierto es que solamente puede ser calificada como “inconstitucional” cuando se evidencia una clara vulneración de los principios, derechos y garantías contenidas en el plexo constitucional, sin que corresponda considerar motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ajenos —por definición— al análisis que le corresponde realizar al Poder Judicial.

Por todos estos fundamentos, considero que el requisito de nacionalidad argentina para el otorgamiento de la matrícula profesional a los escribanos resulta constitucionalmente válido.

III. *El Tribunal Superior de Justicia, como Tribunal —transitorio— de Superintendencia del Notariado*

I. El Tribunal de Superintendencia del Notariado, que junto al Colegio de Escribanos ejercen el gobierno y control del notariado (conf. art. 117, ley 404), a partir de la incorporación de la Justicia Ordinaria a la Ciudad estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia y por dos vocales titulares que dicha Cámara, reunida en pleno, designará de su seno, anualmente y por simple mayoría de votos. Del mismo modo, se nominarán dos suplentes quienes, eventualmente, reemplazarán a los vocales titulares (art. 118 ley 404).

Como al momento de sancionar la ley 404 la justicia civil ordinaria no había sido transferida al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, situación que continúa al día de la fecha, el legislador porteño estableció que hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones conferidas por esta ley al Tribunal de Superintendencia están a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (art. 172 ley 404).

Tanto en uno como en otro caso, quienes integran —transitoriamente— o integrarán el Tribunal de Superintendencia son jueces, designados conforme el procedimiento previsto en la Constitución Nacional o de la Ciudad de Buenos Aires, que gozan de las garantías de inamovilidad funcional e intangibilidad salarial, y que tienen la misión de ejercer la función jurisdiccional. No se trata de empleados o funcionarios administrativos, sino de magistrados que integran —o integrarán— el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otra parte, la función que le corresponde al Tribunal de Superintendencia del Notariado es conocer en única instancia en los asuntos relativos a la responsabilidad disciplinaria de los escribanos cuando se les imputan faltas

graves —cuando el mínimo de la pena aplicable fuera de suspensión por más de tres meses—, o bien entender como tribunal de apelación en todas las resoluciones del Colegio, en especial respecto de los fallos que éste pronunciare en los procesos disciplinarios (art. 120, incs. a] y b], ley 404). Si entendemos a la función jurisdiccional como aquella actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal, las facultades que le competen al Tribunal de Superintendencia no resulta materialmente administrativas, sino típicamente jurisdiccionales, ya que el Tribunal entiende en casos en los que se juzga la conducta de los escribanos y se les aplica —de ser pertinente— la respectiva sanción.

En conclusión, tanto desde el punto de vista subjetivo —el Tribunal de Superintendencia está integrado por magistrados que pertenecen al Poder Judicial de la Ciudad— como desde el punto de vista material —la naturaleza de la función que realiza dicho tribunal es esencialmente jurisdiccional—, podemos afirmar que el Tribunal de Superintendencia del Notariado ejerce una función jurisdiccional.

Así también lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reiteradamente consideró sentencia definitiva emanada del Tribunal Superior de la causa a aquellas decisiones del Tribunal de Superintendencia del Notariado, cuando estaba integrado por jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Al respecto resulta ilustrativo citar el consid. 4º del voto de los Dres. Levene, Belluscio y Boggiano en la causa “Colegio de Escribanos” (CSJN, 23/6/1992, “Colegio de Escribanos”, *Fallos*, 315:1370), quienes sostuvieron que “...el pronunciamiento impugnado proviene de un tribunal integrado por magistrados de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, es decir, por jueces designados mediante el procedimiento previsto en la Constitución Nacional, que gozan de las correspondientes garantías de inamovilidad funcional e intangibilidad salarial (arts. 86, inc. 5º y 96), y que, en el caso, ejercieron la función de juzgar después del procedimiento previsto por la ley para garantizar un adecuado debate entre el imputado y el organismo que requiere la sanción. Por lo tanto, se recurre una sentencia definitiva que al no admitir otra instancia de apelación, causa un gravamen irreparable y convierte al tribunal que la dicta en el superior tribunal de la causa que exige el art. 14 de la ley 48...”.

2. La actora afirma que la asignación al Tribunal Superior de Justicia de facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado desconoce los límites de la jurisdicción apelada del Tribunal contenidos en el art. 113, inc. 3º, CCBA.

Esta cuestión ya fue analizada por el Tribunal Superior de Justicia al momento de ser sancionada la ley 404, y motivó la emisión de la acordada 8/00, con fecha 9/8/2000, en la que sostuvimos que “...En anteriores pronunciamientos, el Tribunal expresó que su competencia originaria está expresamen-

te determinada en la Constitución local y que sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma constitucional. La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y de los jueces. Tampoco se trata de una “competencia residual” acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico (*in re* ‘Pinedo, Federico y otros c/Ciudad de Buenos Aires s/amparo’, expte. n° 8/99, resolución del 18/2/1999; ‘Hilandería Islán S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)’, expte. n° 94/99, resolución del 27/9/1999; ‘Álvarez Caffaro, Roberto Enrique c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte. n° 139/99, resolución del 17/11/1999, entre muchos otros precedentes).

La cuestión traída a este Tribunal por el Colegio de Escribanos no trata de ninguno de los supuestos determinados por el art. 113 de la CCBA, de modo que no corresponde que asuma la competencia de Superintendencia atribuida por ley.

No obstante dicha conclusión, y dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, se impone encontrar una solución que, hasta que aquello ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de dar pleno efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires...”.

Con dicho fundamento y hasta tanto no quede constituida la justicia local, este Tribunal asumió, en forma excepcional, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia.

Ello por cuanto los jueces de la Ciudad tenemos el mandato constitucional expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agotemos en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los arts. 129 y concordantes, C.N. (art. 6°, CCBA). Por esta razón y teniendo en cuenta que al día de la fecha la Ciudad cuenta con un Poder Judicial diezmado, con escasas competencias jurisdiccionales a pesar de lo que ordena en forma absolutamente clara el art. 129, C.N., y —en lo que nos interesa— sin una justicia en lo civil que pueda desempeñarse como Tribunal de Superintendencia del Notariado, es necesario que este Tribunal Superior de Justicia ocupe dicho rol en forma transitoria, y de esta manera lograr que la Ciudad pueda ejercer el poder de policía y asumir una función —el control del notariado local— que le es propia.

En conclusión, si bien la competencia de este Tribunal está taxativamente delimitada por el art. 113, CCBA, esta norma debe ser interpretada armónicamente con el resto del texto constitucional —específicamente con el art. 6° de la Carta Magna local—, y de forma compatible y promotora del proceso de consolidación institucional —en lo que nos interesa, el armado de la Justicia local—. Es que el Tribunal Superior de Justicia es consciente del sensible rol

institucional que ocupa, y debe realizar las acciones necesarias para favorecer el afianzamiento de la autonomía local, obviamente sin exceder las facultades que le son propias.

Sin embargo, es cierto que es tiempo que la situación precaria existente en la materia de superintendencia del notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se revierta, cobrando vigencia el diseño constitucional previsto por los representantes del pueblo en el año 1994 (art. 129, C.N.). Cuando ello se concrete, lo que como juez del superior tribunal de justicia de esta Ciudad aspiro que ocurra en un lapso breve, cesarán las causas que motivan la actuación excepcional de este Tribunal.

3. Sostiene también la parte actora que el control judicial previsto para las sanciones disciplinarias a escribanos no sería suficiente en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En primer lugar, cabe recordar que —como dije anteriormente— el control judicial de las sanciones leves a los escribanos, así como el juzgamiento de las faltas graves, lo realiza el Tribunal de Superintendencia del Notariado, que es un órgano judicial en ejercicio de facultades jurisdiccionales.

Por otra parte, la ley 404 no establece ningún tipo de limitación al control judicial que le compete realizar al Tribunal de Superintendencia del Notariado, el que —como ha sentado la Corte Suprema en el señero fallo “Fernández Arias c/Poggio”, *Fallos*, 247:646— debe ser amplio y suficiente, permitiendo —de ser pertinente— el debate de cuestiones de hecho y prueba; tal como lo ha hecho este Tribunal en ejercicio del Tribunal de Superintendencia del Notariado hasta el presente y en gran número de casos.

Cabe destacar, además, que “...el diseño de procedimiento disciplinario contenido en la ley local del notariado reproduce en líneas generales el régimen legal anterior previsto en la ley nacional 12.990 y que, si eventualmente se llegara a considerar en un caso concreto, que el Colegio (en este caso el Tribunal de Superintendencia del Notariado) no ha observado en el marco de un sumario el “debido procedimiento adjetivo” —con la consiguiente lesión al derecho de defensa de un escribano— el afectado cuenta con diversas herramientas procesales previstas en el ordenamiento para conjurar tales irregularidades” (conf. Tribunal de Superintendencia del Notariado —TSJCABA—, en “Colegio de Escribanos, Escribano Labella de Espinaco, Noemí Alba s/inspección protocolos años 2001/02”, causa 2459/03, resolución del 26/8/2004).

En conclusión, la presente impugnación genérica y abstracta no tiene ningún fundamento, y en todo caso —por aplicación de la doctrina expuesta en el párrafo precedente—, si algún escribano sancionado por una falta disciplinaria considera que el control judicial efectuado por el Tribunal de Superintendencia del Notariado resultó insuficiente, podrá plantear el pertinente recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. La accionante postula, además, que las facultades disciplinarias asignadas al Tribunal de Superintendencia del Notariado por los arts. 117, 120, incs. a) y b), 153 y 172 de la ley 404, violan la garantía de la doble instancia consagrada en el art. 8º, inc. 2.h de la CADH.

Mientras el Tribunal Superior de Justicia ejerza —transitoriamente— el rol de Tribunal de Superintendencia, esa será la única instancia judicial local para el juzgamiento de las faltas de la responsabilidad disciplinaria de los escribanos, y sus decisiones tendrán el carácter de definitivas y no sujetas a recursos, con excepción del de aclaratoria y el extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, resultan improcedentes los recursos de reconsideración e inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Superior de Justicia (véase, entre muchos otros fallos, Tribunal de Superintendencia del Notariado —TSJCABA—, 30/9/2005, “Colegio de Escribanos. Escribano W., E. A. E. s/inspección protocolo año 2001” y sus acumulados); tal como ocurría durante la vigencia de la ley 12.990 respecto del Tribunal de Superintendencia del Notariado ejercido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Respecto de la validez constitucional —objetada por la actora— del establecimiento de una sola instancia local para el juzgamiento de la responsabilidad disciplinaria de los escribanos, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, al adherir a un dictamen del procurador fiscal, que la garantía de la doble instancia establecida en los arts. 8º, inc. 2º, apartado h) de la CADH y art. 14.5 del PIDCP “...se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona ‘inculpada de delito’ o ‘declarada culpable de un delito’ (...) de allí que, resulten ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones (art. 27, inc. 3º, CPPN) o infracciones administrativas...” (CSJN, 27/6/2000, “Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina”, *Fallos*, 323:1787).

En consecuencia, no resulta exigible —desde el punto de vista constitucional— la consagración de la doble instancia para la revisión judicial de las sanciones impuestas a los escribanos en ejercicio de facultades disciplinarias, supuesto completamente distinto al previsto por las citadas normas de los tratados internacionales, que exigen esta garantía para procesos de naturaleza penal.

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general Adjunto, voto por rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. Defensa relativa a la falta de condición jurídica para ser demandante

El Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires opuso como defensa “falta de condición jurídica para ser demandante” de la Aso-

ciación por los Derechos Civiles (fs. 66). Sintéticamente, sostuvo que “no parece congruente legitimar a quien: *a*) se excede en su capacidad, pues defiende *derechos no civiles*; *b*) no demuestra ningún interés defendible para la comunidad, ya que un decisorio contrario al régimen vigente no produce en la sociedad, ninguna consecuencia; *c*) suponiendo que existiera un interés en la demandante, resulta de un grado notablemente inferior a los derechos subjetivos de cada matriculado y al interés colectivo de esta institución” (véase fs. 67 vta.).

La defensa no puede prosperar. La enumeración, concebida como no taxativa, con que el art. 3º del Estatuto de la Asociación por los Derechos Civiles define su objeto incluye el de “defender los derechos de los individuos a través de presentaciones ante autoridades judiciales” (véase fs. 1 vta.). Frente a estos términos, resulta imposible inferir una restricción del nombre de la asociación, aun cuando no se concibiera al ejercicio de la escribanía como un derecho civil. Ello es así, no solamente porque no es el nombre lo que define el objeto, sino porque la interpretación de los términos que emplea un estatuto asociativo no queda circunscripta por el significado que les asigne una rama de la dogmática constitucional jurídica, sino por aquel significado que los asociados pueden razonablemente haber querido darle y el que los terceros que se relacionen con esa persona ideal puedan comprender (conf. art. 1198, Cód. Civil). Por ello, la presentación que realizó ante estos estrados no excede el objeto para cuya consecución fue creada.

Tampoco existe óbice derivado de la falta de un “interés defendible para la comunidad”, o de “su grado notablemente inferior a los derechos subjetivos de los matriculados”. Estas circunstancias, que merecerían ser examinadas en el contexto de una causa, no pueden serlo en el de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA, toda vez que el art. 18 de la ley 402, expresamente legitima a las personas, tanto a las físicas como a las jurídicas, sin ninguna limitación relativa a su interés en el asunto.

Por ende, tampoco esta defensa puede prosperar.

II. *Agravio relativo al requisito de nacionalidad*

2.1 La actora sostiene que la circunstancia de requerir la nacionalidad argentina, nativa o por naturalización, para incorporarse a la matrícula profesional de los escribanos torna inconstitucionales a los arts. 8º, inc. a) de la ley 404 y 2º a) del dec. regl. 1624, pues dicha exigencia, a su entender, *i*) configura una discriminación entre ciudadanos y extranjeros en el ejercicio de sus derechos civiles, sin que medie el interés estatal urgente requerido para su convalidación (conf. art. 20, C.N.), *ii*) debe ser examinada mediante un escrutinio estricto por ser la nacionalidad una categoría sospechosa, que genera una presunción en contra de la constitucionalidad de la norma, y no cumple con el estándar básico de razonabilidad aplicable a cualquier discriminación (conf. arts. 16, C.N., 11, CCBA, y 1.1, CADH), y *iii*) viola el sistema previsto

en la CCBA, toda vez que ella, sostiene, consagra como regla general la equiparación de extranjeros y ciudadanos aún para el ejercicio de los derechos políticos, admitiendo únicamente las excepciones previstas en el propio texto constitucional (conf. arts. 11, 61 y cons.).

2.2. Preliminarmente, vale recordar cuáles son los antecedentes de los arts. 16 y 20, C.N., invocados por el actor, conforme ya fue expuesto en mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. n° 3103/04, resolución del 31/3/2005), con las adaptaciones del caso.

Tanto el art. 16 como el 20, C.N. tienen antecedente directo en el proyecto elaborado por Juan Bautista Alberdi y explicado en sus *Bases*. El art. 16, C.N. encuentra su paralelo en el art. 17 del proyecto de Alberdi que dice en lo pertinente: “[t]odos son admisibles a los empleos. [...] La ley civil no reconoce diferencia entre extranjeros y nacionales”. A su vez, el art. 20 C.N. lo reconoce en el 21 de dicho proyecto que establece: “[n]ingún extranjero es mas privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo, poseer toda clase de propiedades y disponer de ellas en cualquier forma; entrar y salir del país con ellas, frecuentar con sus buques puertos de la Republica, navegar en sus ríos y costas. Están libres de empréstitos forzosos, de exacciones y requisiciones militares. Disfrutan de entera libertad de conciencia, y pueden construir capillas en cualquier lugar de la república. Sus contratos matrimoniales no pueden ser invalidados porque carezcan de conformidad con los requisitos religiosos de cualquier creencia, si estuviesen legalmente celebrados.

No están obligados a admitir la ciudadanía.

Gozan de estas garantías sin necesidad de tratados y ninguna cuestión de guerra puede ser causa de que se suspenda su ejercicio.

Son admisibles a los empleos, según las condiciones de la ley, que en ningún caso puede excluirlos por solo el motivo de su *origen* [...]” (el destacado me pertenece).

Según se ve, en lo que para la solución del presente caso interesa, el art. 21 es más fuerte, en apariencia al menos, que el art. 20 actual, mientras que el contenido del 17 no es sustancialmente distinto del 16 que nos rige, aunque es obvio que el texto actual mitiga la expresión contemplando a nacionales y extranjeros bajo el manto común de habitar nuestro suelo.

Empero, es sumamente ilustrativo repasar algunos párrafos de las anotaciones de Alberdi para aclarar el alcance que daba él a estas cláusulas. En el acápite XIX, a cuyo título vale la pena prestar atención, dice del Estado nacional que: “[d]ebe *prodigar* la ciudadanía y el domicilio al extranjero sin imponérselos. Prodigar, digo, porque es la palabra que expresa el medio de que se necesita. Algunas constituciones sudamericanas han adaptado las con-

diciones con que la Inglaterra y la Francia conceden la naturalización al extranjero, de que esas naciones no necesitan para aumentar su población excesiva. Es la imitación llevada al idiotismo y al absurdo [se refiere a la Constitución boliviana conf. Capítulo XXXIV] [Nota: El título del acápite XIX reza, “Continuación del mismo asunto. Fines de la Constitución Argentina”, mientras que el del acápite XVIII reza “Bases y Puntos de Partida para la Constitución de la República Argentina”; es decir, el segundo, a diferencia del primero, representa el núcleo de su fundamentación].

Debe la Constitución asimilar los derechos civiles del extranjero de que tenemos vital necesidad, a los derechos civiles del nacional, sin condiciones de una reciprocidad imposible, ilusoria y absurda.

Debe abrirles acceso a los empleos públicos de rango secundario, más que en provecho de ellos, en beneficio del país, que de ese modo, aprovechará de su aptitud para la gestión de nuestros negocios públicos y facilitará la educación oficial de nuestros ciudadanos por la acción del ejemplo práctico, como en los negocios de la industria privada. En el régimen municipal será ventajosísimo este sistema. Un antiguo municipal inglés o norteamericano, establecido en nuestros países e incorporados a nuestros cabildos o consejos locales, sería el monitor más edificante o instructivo en ese ramo, en que los hispanoamericanos nos desempeñamos de un modo tan mezquino y estrecho de ordinario, como en la policía de nuestras propias casas privadas” [Nota: Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Jackson, Buenos Aires, 1935, pp. 119/120].

Según se ve, hay una clara distinción entre el manejo de la noción de derechos civiles y el del acceso al ejercicio de funciones públicas. Tanto ello es así que Alberdi interpreta su cláusula relativa al empleo publico, contenida en el art. 21 que transcribí, de un modo mas limitado que el que podría indicar una lectura ingenua del párrafo que destaqué con negrita. A la luz de lo que aquí dice, dicho párrafo puede leerse, sin temor a errar, en el sentido de que la ley no puede excluir al extranjero naturalizado por el solo motivo de haber nacido fuera del territorio nacional; pero, no está diciendo que no puede excluir al extranjero que no adopta la nacionalidad; siempre hablando del empleo público, porque está claro que no puede obligarlo a tomar dicha nacionalidad, ni tampoco excluirlo de los derechos civiles por no adoptarla. La misma reflexión puede utilizarse, *mutatis mutandi* respecto del ejercicio de la función pública.

A su vez, constituye elemento esencial para interpretar la cláusula relativa a los derechos civiles de los extranjeros, la referencia al tratado con Inglaterra de 1825 [Nota: En igual sentido véase DE VEDIA, Agustín: *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, p. 106]. Esta fuente se repite en la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina que preparó el texto finalmente aprobado en 1853. Así, en el Capítulo XIX, algo

más adelante que el párrafo ya transcrito, Alberdi dice: “[l]a Constitución argentina debe contener una sección destinada especialmente a fijar los principios y reglas del derecho público deferido a los extranjeros en el Río de la Plata, y esas reglas no deben ser otras que las contenidas en el tratado con la Inglaterra, celebrado el 2 de febrero de 1825. A todo extranjero deben ser aplicables las siguientes garantías, que en ese tratado sólo se establecen en favor de los ingleses. Todos deben disfrutar *constitucionalmente*, no precisamente por tratados:

De la libertad de comercio;

De la franquicia de llegar seguros y libremente con sus buques y cargamentos a los puertos y ríos accesibles por la ley a todo extranjero;

Del derecho de alquilar casa a los fines de su tráfico;

De no ser obligados de no pagar derechos diferenciales;

De gestionar y practicar en su nombre todos los actos de comercio, sin ser obligados a emplear personas del país a este efecto;

De ejercer todos los derechos civiles inherentes al ciudadano de la República;

De no poder ser obligados al servicio militar;

De estar libres de empréstitos forzosos, de exacciones o requisiciones militares;

De mantener en pie todas estas garantías, a pesar de cualquier rompimiento con la nación del extranjero residente en el Plata;

De disfrutar de entera libertad de conciencia y de culto, pudiendo edificar iglesias y capillas en cualquier paraje de la República Argentina.

Todo eso y algo más está concedido a los súbditos británicos en la República Argentina por el tratado de plazo indefinido, celebrado el 2 de febrero de 1825; y no hay sino muchas razones de conveniencia para el país en extender y aplicar esas concesiones a los extranjeros de todas las naciones del mundo, tengan o no tratado con la República Argentina. La República necesita conceder esas garantías, por una exigencia imperiosa de su población y cultura, y debe concederlas espontáneamente, por medio de su Constitución, sin aspirar a ilusorias vanas y pueriles ventajas de una reciprocidad sin objeto por larguísimos años” [Nota: ALBERDI, Juan Bautista: ob. cit., pp. 126 y ss.].

Según se ve, el criterio para definir “derechos civiles” está estrechamente relacionado con la naturaleza de los derechos negociados en el tratado de 1825 con Inglaterra. La meta de los redactores de la cláusula constitucional fue extender a todo extranjero aquello que el tratado concedía tan sólo a los súbditos del Reino Unido. Cuando uno examina este tratado se encuentra con un grupo de derechos que tienen que ver básicamente con el acceso a la propiedad mediante negocios entre particulares, la libertad de conciencia y, esencialmente, la posibilidad de contraer matrimonio con efectos válidos. En esto, estaba muy directamente implicada la posibilidad de conservar una religión distinta a la católica apostólica romana y aún así contraer válidamente

nupcias, lo cual, a su vez, determinaba la aplicación del régimen de sociedad conyugal y sucesorio. Concretamente, a los derechos específicamente previstos —por ejemplo, derecho de alquilar casa a los fines de su tráfico o vivienda— el tratado agrega otros más genéricos en su art. VIII a) que establece: “[t]odos los comerciantes, comandantes de naves, y otros súbditos de su Majestad Británica, tendrán la misma libertad, en todos los territorios de dichas Provincias Unidas, como los nativos de ellas, para manejar sus propios asuntos ellos mismos, o para confiarlos a la gerencia de quienes ellos prefieran, como corredor, factor, agente o intérprete; no serán obligados a emplear a cualquier otra persona para esos propósitos, ni a pagar ningún sueldo o remuneración, a menos que elijan emplearlos; y les será permitido, en libertad absoluta, en todos los casos, al comprador y al vendedor negociar y fijar el precio de cualquier bien, efecto o mercancía importada en, o exportada, de dichas Provincias Unidas, como ellos estimen más conveniente” [Nota: “All merchants, commanders of ships, and others, the subjects of His Britannic Majesty, shall have the same liberty, in all the territories of the said United Provinces, as the natives thereof, to manage their own affairs themselves, or to commit them to the management of whomsoever they please, as broker, factor, agent or interpreter; nor shall they be obliged to employ any other persons for those purposes, nor to pay them any salary or remuneration, unless they shall choose to employ them; and absolute freedom shall be allowed, in all cases, to the buyer and seller to bargain and fix the price of any goods, wares or merchandise imported into, or exported from, the said United Provinces, as they shall see good”]; “[...] la disposición de la propiedad de cualquier tipo y denominación, mediante venta, donación o intercambio, o cualquier otra manera, como también en la administración de la justicia, los súbditos y ciudadanos de las Dos Partes Contratantes gozarán, en sus dominios respectivos, de los mismos privilegios, libertades y derechos que la nación más favorecida, y no cargarán, en cualesquiera de estos respectos, con ningún derecho o impuesto más alto que los que pagan, o puedan ser pagados, por los súbditos nativos o ciudadanos de la Potencia en cuyos dominios pudieran ser residentes. Serán eximidos de todo servicio militar obligatorio, sea por mar o tierra, y de todo empréstito forzoso, o exacciones o requisiciones militares; tampoco serán obligados a pagar ningún impuesto ordinario mayor que los que sean pagados por súbditos nativos o ciudadanos bajo ningún pretexto” [Nota: “...the disposal of property of every sort and denomination, by sale, donation or exchange, or in any other manner whatsoever, as also the administration of justice, the subjects and citizens of the two Contracting Parties shall enjoy, in their respective dominions, the same privileges, liberties and rights, as the most favoured nation, and shall not be charged, in any of these respects, with any higher duties or imposts than those which are paid, or may be paid, by the native subjects or citizens of the Power in whose dominions they may be resident. They shall be exempted from all compulsory military service

whatsoever, whether by sea or land, and from all forced loans, or military exactions or requisitions; neither shall they be compelled to pay any ordinary taxes, under any pretext whatsoever, greater than those that are paid by native subjects or citizens”].

Asimismo, el art. XIII c) dispone que “[...] para disponer de su propiedad, en cualquier forma, sea por voluntad o testamento, como sea que ellos juzguen apropiado” [Nota: “...to dispose of their property, of every description, by will or testament, as they may judge fit...”].

El examen del texto muestra que no existe una referencia genérica a “derechos civiles” sino que en todo caso a algunos derechos específicos: básicamente ser propietario y poder disponer de esa propiedad, al igual que los ciudadanos argentinos. La más amplia formulación contenida en el art. IX —“privilegios, libertades y derechos”— no remite a los de los ciudadanos argentinos sino a la igualdad con los nacionales de la nación más favorecida.

Todo sugiere que elegir la expresión genérica “derechos civiles”, aplicada a este universo del tratado, fue idea de Alberdi. Pero Alberdi no la usó de manera de alcanzar el derecho de ser depositario de una función pública. Ello no se compadecería con la explicación que el autor da a su texto, puesto que no parte en ella de la hipótesis de una imposibilidad de restringir el servicio público a los nacionales sino, en todo caso, de la de no hacerlo para las categorías inferiores; y ello, no por razones de principio, sino de conveniencia para la Nación Argentina, o para cumplir tratados. Todo esto está en estricta armonía con el Tratado de 1825 pues lo que este instrumento buscaba era garantizar al extranjero indemnidad, frente a la potencial legislación local discriminatoria, para los recursos que introdujese o aquellos que adquiriese localmente con su esfuerzo; no buscaba garantizar, en cambio, el acceso a recursos locales como el empleo u otros contratos públicos. Es reveladora la frase del Capítulo XVI titulado *De la legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestras Repúblicas* en que, refiriéndose al extranjero dice “[...]m]ás noble fuera excluirle abiertamente, como hacían las Leyes de Indias, que internarle con promesas falaces, para hacerle víctima de un estado de cosas enteramente colonial y hostil” (p. 98, ob. cit.).

El informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, constituida por los Doctores Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan Del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferre, Juan María Gutiérrez, muy influido éste por el pensamiento de Alberdi, y José Benjamín Gorostiaga, toma también como punto de partida ese tratado de 2 de febrero de 1825. Vale la pena recordar este párrafo: “[e]l tratado de 2 de febrero de 1825, acuerda a los súbditos británicos la libertad de la conciencia y el derecho de concurrir a sus ritos públicamente; y tanto esta facultad como las demás que encierra aquel tratado, se han realizado sin interrupción desde su fecha, y también durante el aislamiento de los pueblos, cuando sólo existía un encargado de relaciones exteriores. Éste es,

pues, un derecho perfecto conquistado bajo la fe de tratados solemnes, a cuyo cumplimiento no podría negarse el gobierno federal. Derecho, por otra parte, directamente protector de una de las miras que no ha perdido de vista la comisión, la mira de atraer la población activa, útil y moral al seno de la Confederación. El inmigrante porque aspiramos, no es el ser degradado que se embrutece olvidando su creador, sino aquel que aprendió a conocerle y a adorarlo en el hogar de su padre. Es el inmigrante cabeza o miembro de familia, que, si abandona la patria de su nacimiento, no por eso enajena su conciencia ni su culto; y esta que es una propensión virtuosa no se puede burlar sin sacrilegio, y sin peligro de poblar nuestro territorio con hombres ateos, incapaces de soportar el yugo saludable de las prácticas religiosas” [Nota: Tomado de la recopilación hecha por SAMPAY, Arturo E.: *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*, Recopilación, notas y estudio preliminar, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975, pp. 356 y ss.].

Nótese cómo, sugestivamente, la Comisión pone énfasis en destacar que el extranjero que tiene en mira es el inmigrante, es decir, quien viene a radicarse de modo definitivo en nuestro país para poblarlo y compartir nuestro destino. A este extranjero apunta el art. 16, C.N.

El examen de estos antecedentes revela que la expresión “derechos civiles” no puede ser entendida de modo que alcance a todo derecho que no tenga naturaleza política. Derechos civiles eran, y son, los garantizados por las leyes civiles. A su vera, podían distinguirse, como es hoy usual distinguir, derechos subjetivos públicos, uno de los cuales podía ser el acceso a una concesión otorgada por el Estado para el ejercicio de una función pública. Suponer un ámbito más amplio para los derechos civiles implica olvidar que la voluntad del constituyente fue extender las mismas garantías del Tratado de 1825 a otros extranjeros, pero no extender el universo de garantías. Ese universo estuvo definido teniendo en mira asegurar a los extranjeros un tratamiento legislativo igualitario para los recursos que introdujeran al país, pero no un acceso a los recursos nacionales, o al ejercicio de las funciones públicas o de gobierno. Esto es así con mayor razón cuando se trata de recursos siempre limitados; en el caso, porque existe un número de plazas limitado directa o indirectamente por la ley (conf. arts. 31 y 33 ley 404).

Esta interpretación no implica xenofobia; ni siquiera inclinación a no abrir la contratación pública a quienes no son nacionales. Implica, en todo caso, poner en manos de las autoridades constituidas, especialmente el Congreso o las legislaturas locales, según el caso, el poder de establecer facilidades o exclusiones en el acceso a recursos estatales. Este poder es la base de la posibilidad de negociar con países extranjeros facilidades recíprocas. Indudablemente, el Preámbulo de la C.N. sigue señalando una vocación de apertura hacia los extranjeros que constituye una guía inexorable para las autoridades constituidas; pero, el texto constitucional no ignora que la concesión a cambio de reciprocidad sigue siendo la llave para obtener ventajas para los argen-

tinios en otras latitudes. Esta capacidad de negociación desaparece si la concesión viene hecha unilateralmente por la C.N. En una inteligencia tan amplia como la que postula la actora, los derechos civiles del art. 20, C.N. impedirían no solamente las restricciones en la asignación de funciones públicas, sino restricciones como las previstas en la legislación llamada de “compre argentino”; y, en general, impediría también la reserva para los argentinos y para aquellos nacionales de los países con quienes la Nación negocie, de algunos recursos que el legislador estime estratégicos.

En este orden de ideas, vale recordar que no declarar inconstitucional una ley no equivale a aplaudir su contenido. Los jueces no están para tomar posición frente a la ley desde la óptica de los valores sino desde la de la Constitución. Para juzgar cuándo ampliar y cuándo circunscribir el universo de quienes contratan con el Estado están los órganos políticos, y más específicamente el legislativo. Puesto en otras palabras, el dilema que nos ocupa no es evaluar la conveniencia de abrir los registros notariales a los extranjeros, sino determinar, a la luz de la CCBA, la C.N. y los tratados aplicables, si son los jueces o los legisladores quienes deben hacerlo.

2.3. Desde esta perspectiva, la designación como escribano de registro, titular o adscripto, no es derecho civil en el sentido del art. 20, C.N. A este respecto también pertinentes las consideraciones vertidas en mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles” (citado).

El examen de los textos de Alberdi y de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, tanto aquellos mediante los cuales expusieron sus motivos como los proyectados para integrar la Constitución, revela que los derechos civiles garantizados a los extranjeros por el art. 20 abarcan un universo amplio, pero no comprensivo del ejercicio de funciones públicas. En su concepción originaria, los derechos llamados civiles tienen básicamente la extensión de los contemplados en el Tratado de 1825; no una mayor. Y ciertamente no una igual a todo derecho reconocido a un ciudadano a excepción de los políticos. El acceso al ejercicio de funciones públicas no está en el texto del tratado. Ello no significa que Alberdi creyera nocivo el empleo de extranjeros para el ejercicio de funciones públicas. Pero, parece claro que no pensó que el constituyente debiese limitar al legislador en la atribución de elegir cuándo y cómo posibilitar ese acceso.

Aunque los autores no enuncian exactamente cuál es el criterio con el que distinguieron los derechos civiles asegurados a los extranjeros de otros asegurados a los habitantes (ciudadanos o no), parece obvio que alguna guía emplearon. A su vez, no hay razones para pensar que esa noción difiera de la que pudo tener Alberdi como universo tutelado por su art. 21. Un criterio no enunciado, pero que sin duda encasilla a todos los derechos previstos en el Tratado de 1825 es el que distingue los derechos según que protejan recursos

introducidos por el extranjero o generados por él localmente, por una parte, o extraídos de fuente local, por la otra. Los traídos por el extranjero del exterior o aquellos otros que hubiera generado en territorio de la Nación, serían protegidos por iguales reglas que las aplicables a los ciudadanos; mientras que quedarían librado al criterio legislativo establecer diferencias en el acceso a recursos locales, particularmente aquellos a los que se accede a partir de plazas cuyo número se encuentra limitado por la ley —como es el caso de los registros notariales—. Esto explica que el acceso a un inmueble por medio del alquiler o el dominio fuesen garantizados a los extranjeros —cosa que nos parece tan natural a los argentinos, que olvidamos que existen importantes países en los que los extranjeros sufren limitaciones para acceder a la propiedad inmueble—. También el derecho a disponer por medio de actos a título oneroso o gratuito, *inter vivos o mortis causae*, son garantías que protegen lo traído y lo generado por el extranjero. La posibilidad de acceder al matrimonio sin adoptar la religión católica, además de tutelar valores espirituales inapreciables, posibilitaba a los no católicos, antes de la sanción de la ley de matrimonio civil, el aprovechamiento del régimen de sociedad conyugal y la transmisión *ab intestato* de los bienes.

Ello sentado, cabe preguntarse si las ideas de la época en que los textos fueron sancionados deben presidir su interpretación actual; en otras palabras, si les cabe una interpretación dinámica. La interpretación dinámica es correctamente concebida, o si se lo prefiere, es oportuna, cuando la aplicación literal de una cláusula redactada en un tiempo lejano (más en sentido tecnológico que cronológico) se vuelve en contra de los fines que la inspiraron; de lo contrario, se convierte en un modo de reforma constitucional, dispuesta por los jueces, que el constituyente, obviamente, no contempló. Naturalmente, a nadie se le ocurriría que es acertado aplicar derechos de tránsito a las aeronaves leyendo *a contrario sensu* el art. 11, C.N., porque no es carruaje, ni buque, ni bestia. Una vez asumido que el constituyente impuso la idea de un mercado único donde los bienes circularan libremente, la asimilación de una aeronave a cualquiera de los otros medios de acarreo fluye con total naturalidad. Más interesante es el ejemplo de la evolución de la dignidad de la mujer (y también de la del varón) a partir de una evolución de la sociedad. No sería hoy aceptable una sentencia que admitiese la validez de una ley que desconociese el derecho a votar de las mujeres buscando apoyo en cómo concebían a la mujer los redactores de la Constitución. El mayor interés deriva de que todos asumimos que los constituyentes de 1853 desconocían a las aeronaves, pero no a las mujeres.

En lo que ahora nos interesa, es obvio que el mundo está más integrado que en 1853. Es obvio también que no existe igual apetito por convocar inmigrantes que el que existía en aquellos tiempos. Pero, la Argentina sigue abierta a los extranjeros, y con un criterio más amplio que el de los europeos, que presidía las disposiciones de los constituyentes (art. 25 C.N. 1853/60).

Más aún, está abierta a la integración en espacios, por ahora económicos, más amplios. El texto actual de los incs. 24 y 22 del art. 75, C.N., de reciente sanción, muestran que el constituyente ha dirigido la mirada precisamente en esa dirección. Pero, ello no es una razón para instalar una limitación al legislador mayor que la originariamente concebida por Alberdi o por la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina.

No abrigo dudas acerca de que el futuro va a disipar las fronteras, y no el futuro lejano. El Mercosur compromete la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos [*Nota: Tratado de Asunción, Capítulo I, "Propósitos, Principios e Instrumentos", Art. 1º: Los Estados partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (Mercosur). // Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales; La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes; El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración]. Y seguramente no concluirá, con él, el proceso de integración. Sin embargo, levantar espontánea y unilateralmente la frontera no constituye mecanismo que lleve a la integración. Por el contrario, probablemente tendría un efecto inverso. Cuando Alberdi critica las constituciones americanas [*Nota: Las Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898, t. VI, 2, p. 772, nota 3: "En la Constitución de un país europeo, este capítulo estaría de mas seria insensato tal vez, porque tenderia a atraer lo que mas bien le convenia alejar. Hé aquí el motivo porque nuestros copistas no le hallan en los textos constitucionales de Europa. Pero en la constitucion [de] un pais desierto seria absurdo no comprenderlo. Su propósito es esencialmente económico; es poblar, activar, civilizar, por los medios desarroyados en los parágrafos 14, 15, 16 y 19 de este libro, a cuya lectura remito al lector sobre este punto, Y como fines económicos, reasumen toda la política americana por ahora, se puede decir que esta parte de su derecho constitucional, forma la faccion propiamente, el rasgo distintivo de su carácter original y propio. // Por otra parte, él no es una novedad que se trate de introducir recién en la República Argentina; no hace mas que estender a todos los extranjeros lo que**

ya existe concedido solo a los ingleses, de un modo tan permanente como si lo estuviese en la constitución —por un tratado, indefinidamente. Si la doctrina es admisible para unos, no hai porque no lo sea para todos. Véase nuestros párrs. 32 y 55. [Nota de Alberdi]” (*sic*) que brindan derechos a los europeos a condición de reciprocidad, lo hace no como una cuestión de principio sino por la extrema diferencia relativa entre esas repúblicas y aquellas de las que se exigía reciprocidad [Nota: El art. 22 del proyecto de Constitución de Alberdi decía “[l]a Constitución *no exige* reciprocidad para la concesión de estas garantías a favor de los extranjeros de cualquier país” (la bastardilla me pertenece). Nótese que no prohíbe requerir reciprocidad, sino que simplemente no la exige. De esta forma, pone en manos del legislador la posibilidad de evaluar en cada caso concreto la conveniencia de exigir condiciones de reciprocidad, según de qué nación se trate, según difieran las circunstancias concretas del caso]. Exigiéndola, tenían más para perder que para ganar. Pero, se encuentra implícito, en su discurso, el razonamiento según el cual el aseguramiento de derechos debe fluir en ambas direcciones, así como la conciencia de que la negociación es el camino para arribar a la equivalencia de trato. Esa capacidad de negociar con otros países desaparece cuando la concesión a sus nacionales queda inserta en la Constitución. Para que la negociación sea factible, el legislador debe conservar intacto su poder de decir sí o no, único modo de poder decir: sí, a cambio de.

Esta inteligencia cobra su dimensión adecuada cuando son examinadas sus consecuencias en ámbitos distintos del ejercicio de una función pública. Si se asumiera consecuentemente que el extranjero debe recibir igual tratamiento que el habitante, que esta es la interpretación que la actora propone, rápidamente entrarían en crisis, por ejemplo, los sistemas llamados de “compre nacional”, de los licenciatarios de radio o televisión [Nota: Ley 22.285, art. 45. Las licencias son intransferibles y se adjudicaran a una persona física o a una sociedad comercial regularmente constituida en el país (...). Tanto la persona física como los socios de las sociedades, deberán reunir al momento de su presentación al concurso público y mantener durante la vigencia de la licencia, los siguientes requisitos y condiciones: a) Ser argentino, nativo o naturalizado, en ambos casos con mas de Diez (10) años de residencia en el país y mayor de edad; (...) e) No tener vinculación jurídica societaria u otras formas de sujeción con empresas periodísticas o de radiodifusión extranjeras. En este último caso se exceptúa a los titulares de servicios de radiodifusión cuyas licencias hayan sido adjudicadas con anterioridad a la fecha de sanción de la presente ley, salvo cuando se tratase de la única estación privada en la localidad (...)], y de quienes pueden adquirir propiedades inmuebles en zonas de frontera [Nota: Véase resol. 205/99 Superintendencia Nacional de Fronteras]. Sin duda que cualquiera de estas leyes podrían estar en oposición con la C.N. o la CCBA, con lo que no cabe tener su sanción como demostrativa de la validez de la que hoy está impugnada. Sin embargo, sí cabe considerarlas

por el impacto que sobre ellas tendrá la interpretación del art. 20, C.N. que, en definitiva, resulte adoptada.

En síntesis, el legislador no puede escoger la condición de extranjero por sí sola para impedir el ingreso de un habitante a la función pública. Pero, al mismo tiempo, ser extranjero puede ser relevante para el ejercicio de aquellas funciones en que el compromiso con la Nación requiera un vínculo más intenso y permanente que el que da haber elegido su territorio como asiento del domicilio, en alguna de sus formas.

Estas razones son suficientes para desechar que se trate de una discriminación odiosa en detrimento de los extranjeros, en los términos del art. 20, C.N.

2.4. La notarial es una función propia del poder público, cuyo ejercicio organiza la ley 404 en el ámbito de la CABA, y buena parte de cuyos contenidos están previstos en el Código Civil. Tanto el examen de la legislación nacional como el de la local muestran que quienes la toman a su cargo adquieren la potestad de imponerse a las demás personas en los aspectos regulados por esas leyes. Ejemplo de ello son los efectos que proyectan las escrituras públicas sobre terceros con prescindencia de que éstos las consientan (arts. 994 y 995 del Cód. Civil, aplicables a las escrituras públicas en virtud de lo que dispone el art. 979 inc. 1º), los de los certificados de existencia de personas o de autenticidad de documentos del art. 21 o el de las notificaciones que los arts. 21 y 83, incs. c) y d) de la ley 404 facultan a practicar. Además de estos supuestos previstos expresamente, la ley concibe en términos generales la función del escribano como la de autorizar la instrumentación de actos. Así ocurre en los arts. 17, 20, 29, 46, 51, etc. Es ésta la función notarial por excelencia. La ley civil exige formas instrumentales específicas para la validez de ciertos actos. Ello implica acudir al escribano, y aunque quien o quienes, personas privadas o públicas, otorgan los actos pueden elegir notario, no pueden prescindir de alguno de ellos, lo cual significa que la celebración del negocio jurídico de que se trate está sometida a una “autorización” dispuesta por el Estado nacional y organizada por los estados locales. Ciertamente, esta autorización no apunta a la oportunidad del acto sino a su mera correspondencia con la ley. Por lo mismo, podría suponerse que es función absolutamente reglada o, en otras palabras, que poco o nada queda sujeto a discreción del escribano, puesto que presumimos que la ley separa nítidamente dos ámbitos, el de lo lícito y el de lo prohibido. Basta empero considerar las dificultades que encierra apreciar el alcance de un poder o el del objeto de una persona jurídica, tareas por las que pasa frecuentemente un escribano —art. 29 inc. d) de la ley 404— para advertir cuánto depende en los negocios jurídicos de su buen criterio.

Esta comprensión de la función del escribano está además corroborada por la letra del art. 1001 del Cód. Civil en la parte que sostiene que “la escritura [...] debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el es-

cribano [...]”, así como por el comentario que al respecto realiza Neri, al sostener que “la firma del notario responde a la necesidad fundamental de legitimar el negocio jurídico contenido en el instrumento público. Para ese fin, el notario actúa como persona pública en un operativo de formalización de la voluntad contractual, y con su firma, de ponderada corroboración, aprueba jurídicamente la voluntad y la forma, esto es, a los dos grandes elementos de la relación negocial, y en tal virtud, el instrumento que materializa el acto se hace público, firme de garantía y de creencia” [Nota: NERI, Argentino: *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1970, vol. III, p. 737]. En similar sentido puede verse a Machado [Nota: MACHADO, José O.: *Exposición y comentario del Código Civil*, Félix Lajouane, 1899, p. 256], Salvat [Nota: SALVAT, Raymundo: *Tratado de derecho civil argentino, Parte General*, TEA, t. II, p. 413], y Castagnino [Nota: CASTAGNINO, José C.: “Teoría general del acto notarial”, *Revista del Notariado*, n° 727, 1973, p. 102], quienes, entre otros, utilizan el término “autorización” al referirse a la función del escribano.

En la emisión de todos estos actos, el escribano ejerce sus funciones obrando bajo su exclusiva responsabilidad, sin recibir instrucciones de autoridad alguna, es decir, sin subordinación a otro órgano en el cual quede depositado el ejercicio de las competencias que le son confiadas. Veo en ello un elemento determinante, por encima de la relativamente escasa discrecionalidad con que opera el escribano. Merece este aspecto de la cuestión ser comparado con la exigencia de ciudadanía para ejercer funciones judiciales. Presumimos que los jueces están sumamente acotados en sus decisiones por la circunstancia de que deben guiarse por las reglas que establece el legislador. No es la amplitud de su discrecionalidad lo que justifica que el art. 112, CCBA o el art. 10 de la ley 7 exijan ciudadanía argentina a los jueces de nuestra Ciudad, sino su condición de verdaderos soberanos en las causas que les toca resolver. No abrigo ninguna duda de que los extranjeros pueden adquirir tanto conocimiento como cualquier nacional acerca del orden jurídico que nos toca aplicar. Tampoco creo que los extranjeros sean menos fiables desde el ángulo ético. Pero, cuando la posibilidad de obligar sin previo consentimiento, por mínima que sea la medida en que compete hacerlo, es confiada en instancia última a una persona, esta circunstancia justifica por sí sola que el constituyente o el legislador opten por requerir a ese agente fiduciario que asuma el compromiso de la nacionalidad.

Ello, además, se condice con el hecho de que exista un *numerus clausus* de escribanos bajo el sistema de la ley 404 (conf. arts. 31 y 33). En efecto, si uno realiza un relevamiento de los sistemas notariales imperantes en el resto del mundo, encuentra una clara correlación entre la existencia de *numerus clausus* (o designación discrecional por la autoridad, que, naturalmente, limita el número de escribanos), los efectos sobre terceros de los actos notariales, y la exigencia de ciudadanía local en los escribanos. Puede mencionarse, en

tal sentido, el régimen vigente en Alemania, Bolivia, Eslovenia, Estonia, Lituania, México, República Checa, Venezuela, Benin, Croacia, Luxemburgo, Marruecos, España, Italia, Francia, Portugal, Chile, Badén, Andorra, Wurtemberg, Dinamarca, algunos cantones suizos, Rusia, Camerún, Senegal, Togo, Costa de Marfil, Polonia, Cuba, Honduras, Turquía, Ciudad del Vaticano, Colombia, Ecuador, República Dominicana, Panamá. De modo concordante, encontramos que, en aquellos países en que no rige un sistema de *numerus clausus*, no hay exigencias relativas a la ciudadanía local de los escribanos, y los efectos respecto de terceros de los actos notariales son limitados —solo tienen valor de principio de prueba por escrito—, tratándose, en definitiva, de una función certificante sin mediar una concesión del Estado (v. gr., el sistema vigente en Inglaterra, Estados Unidos y Suecia) [Nota: Fuentes: *El Notariado en el Mundo*, Fondo Nacional del Notariado, AA.VV. —coordinadora María Evelina Massa—, Santa Fe de Bogotá, DC, 1997; *El Notariado en el Mundo II Parte*, Unión Internacional del Notariado Latino, AA.VV. —coordinadora Esc. María Elena Grasso—, Buenos Aires, 1998; VILLALBA WELSH, Alberto: “El Estado y el Escribano, naturaleza jurídica de la relación funcional”, *Revista del Notariado*, 1945, p. 607].

La afectación del universo jurídico de un tercero, por parte de un notario, sólo puede ser explicada a partir del ejercicio de una potestad pública. Ello así, al menos en un sistema constitucional en el que, como el nuestro, todas las personas son iguales, tienen igual dignidad y carecen de potestades las unas sobre las otras, salvo en la medida en que les son acordadas por la Constitución o la ley, y en ese supuesto, como funciones públicas o derivadas de las relaciones de familia. Dicho de otro modo, las personas sólo pueden adquirir la facultad de mandar a otras personas en el marco de un contrato, esto es, reconociendo como causa la voluntad del obligado, y con el limitado alcance con que la Constitución y la ley lo permiten. A su vez, el fundamento de las sujeciones legales es la voluntad colectiva que informa las potestades públicas.

Estas potestades son ajenas a los particulares y, en verdad, a los órganos de poder público no competentes para ejercerlas. Consecuentemente con ello, el Estado ha puesto ese poder en manos de personas especialmente designadas: los escribanos de registro, titulares o adscriptos.

En línea con lo dicho, Guillermo Borda, describe el sistema notarial latino, en el que incluye al notariado argentino (al igual que la doctrina mayoritaria), como aquel “en el cual el notario es un delegado del Estado, desempeña una función pública y los instrumentos por él otorgados hacen plena fe hasta la prueba de falsedad” [Nota: *Tratado de derecho civil. Parte General*, Abeledo-Perrot, 1999, parág. 1002].

A su turno, un producto esencial, el protocolo, al igual que los mismos registros, son de propiedad del Estado (conf. art. 32 de la ley 404), y huelga decirlo éste no los adquiere del escribano mediante el mecanismo de la tributación.

El reconocimiento de estos caracteres de la función notarial ha sido formulado por la CSJN en estos términos: “no caben dudas de que los escribanos cumplen como fedatarios una función pública” (*Fallos*, 306:2030), y “que la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado” (*Fallos*, 235:445; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086). Por ello, ese Tribunal ha considerado válida la reglamentación de la actividad de los escribanos “en tanto fuera razonable, es decir, guardara adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalizara el derecho constitucional de trabajar” (*Fallos*, 311:506; 315:1370).

En el mismo sentido pueden verse algunos pronunciamientos de tribunales con competencia penal que han reconocido en los escribanos de registro la calidad de funcionarios públicos. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, en la causa “Ruere, de Nunes Moura, Celia Alba y otros”, sentenciada el 23/3/2005; y la Cámara 2ª de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Bahía Blanca, Sala II, sentencia del 28/2/1994, *in re* “Pastene, Ángela O. y otros”. Estos fallos son sumamente interesantes por la circunstancia de reconocer el carácter de funcionario público, que opera aumentando la responsabilidad del autor, a partir de la definición contenida en el art. 77 del C.P. Dicho artículo, en la parte pertinente, dice así: “Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad”. Otros fallos niegan carácter de funcionario al escribano. Así la Cámara de Apelaciones de Concordia, sala penal I, en la causa “A., M. L.”, sentenciada el 27/3/1996, o la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, en la causa “Cano”, sentenciada el 12/11/1985. Pero, la guía en el primero de los casos es la ausencia de relación de dependencia entre el escribano y un órgano de la administración —aun cuando reconoce la dificultad que encierra para no aplicar el citado art. 77 el carácter público de la función notarial—, y en el segundo, que el escribano no es alguien que ejerza autoridad. Al respecto, la ausencia de relación de dependencia en nada obsta a lo dicho en este voto, toda vez que no es en dicha circunstancia que apoyo el carácter público de la función notarial; en cuanto a la falta de ejercicio de autoridad, la sentencia no examina ninguna de las razones expuestas en este punto del voto.

El criterio expuesto también resulta coincidente con la declaración adoptada en el XXI Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Berlín en el año 1995. Allí se sostuvo que: “En los países miembros de la Unión Internacional del notariado, que poseen un orden jurídico de derecho civil y una Ley Orgánica del Notariado: *I.* El Notario ejerce funciones públicas en el marco de actividades no contenciosas instauradas por el Estado, y cumple numerosas funciones sociales en el ámbito del orden social nacional, y con

este fin es un oficial público delegado autónomo de la autoridad pública del Estado. [//] 2. Las funciones públicas y sociales del Notariado están, de un modo muy particular, al servicio del respeto y salvaguarda de la legalidad y mantenimiento de la seguridad jurídica y de la equidad. [//] 3. El Notario ejerce sus funciones estableciendo actos auténticos provistos de fuerza probatoria y ejecutoria, prestando, por otra parte, un servicio de consulta y de asistencia completa al ciudadano, estando estas últimas actividades íntimamente ligadas a la autenticación así como al cumplimiento de actos judiciales dentro del marco de la jurisdicción voluntaria, con lo que el Notario contribuye así a agilizar el Poder Judicial del Estado. [//] 4. El Notario ejerce sus funciones públicas de manera imparcial, guardando el secreto profesional así como su independencia substancial, económica y personal en el marco de una profesión liberal específicamente regulada, aportando su contribución específica a la protección del consumidor. [//] 5. La institución del Notariado, por la organización territorial de la profesión y en el marco de sus competencias, garantiza la asistencia jurídica a favor del ciudadano en todo el territorio nacional, y de igual modo tras las fronteras y en particular mediante la libre circulación de documentos notariales. [//] 6. El Notario es sometido a un control severo y regular con respecto a todas sus actividades y funciones por las Cámaras o Colegios Notariales y por las autoridades del Estado, con lo que se asegura la responsabilidad personal de sus actividades y funciones. [//] 7. El Notario adquiere y mantiene su competencia jurídica mediante la habilitación universitaria, una formación post universitaria de orden práctico y un perfeccionamiento permanente de su formación profesional”.

No empecen a lo dicho los precedentes “Vadell” (*Fallos*, 306:2030) y “Franco” (*Fallos*, 325:2968:), contrariamente a lo que la actora sostiene, en cuanto implicarían que la actividad del escribano “en forma alguna puede ser equiparada al ejercicio de una función pública” (fs. 38 vta.). Dichos precedentes, al negarle la calidad de funcionario público al escribano, se circunscriben a establecer que no es un dependiente de la Administración. Están signados, como todo pronunciamiento judicial, por el objeto del litigio —determinar si existe responsabilidad del Estado que otorga el registro por los actos del escribano que lo usa para autorizar escrituras públicas, en el primero caso, y establecer la validez de una presunción irrefragable de incapacidad para ejercer la función notarial fundada en la edad avanzada, en el segundo—. Pero, todo ello, dicho en el contexto de que los escribanos ejercen una “función pública”, circunstancia ésta que constituye precisamente el motivo por el cual se hace necesaria la distinción aceptada en esos fallos entre función pública ejercida por funcionarios, y función pública ejercida por quienes no lo son, por ejemplo, el concesionario de un servicio público. No es poco significativo, en este contexto, que la Corte haya explicado su pronunciamiento publicado en *Fallos*, 235:445 no como abandono de una doctrina sino como reafirmación de ella, aclarando que cuando en aquel precedente

refiere al escribano de registro como “funcionario público” u “oficial público” lo hace entrecomillando esas expresiones en señal de que no lo hace literalmente sino por el potencial que tienen como indicadores de la índole del desempeño, sin que ello implique coincidencia absoluta con el empleo público. En síntesis, que los escribanos sean funcionarios públicos en el sentido de dependientes o agentes de una administración pública no es dato dirimente a los fines que nos proponemos. Ello así, porque las funciones públicas no siempre son ejecutadas por personas sometidas a una relación de dependencia o jerárquica. Ejemplo de ello son las matrículas que llevan los colegios profesionales. No es dudoso que disponer las altas y las bajas constituye un modo de limitar derechos de los matriculados, y en el supuesto de los escribanos bastante más que eso, puesto que el ejercicio de las funciones notariales coincide, según el art. 13 a) de la ley 404, con la matriculación. Tampoco lo es que esa potestad no depende de la voluntad individualmente manifestada por el matriculado, puesto que proviene de la ley. Sin embargo, quienes ejercen la función de policía de la matrícula no son funcionarios de la administración, aunque sí personas públicas no estatales u órganos que obran por ellas.

2.5. En todas estas circunstancias, la Legislatura encuentra motivo para elegir la nacionalidad como modo de propender a la consecución de legítimos fines estatales a su cargo. Toda sociedad política tiene razones para disponer que quienes ejercen una potestad sobre sus componentes (ciudadanos), y aun sobre los no componentes que habitan el territorio, pertenezcan a ella. La pertenencia supone asumir compromisos mayores que los que surgen de la mera residencia o del tránsito turístico, y aun mucho mayores, como el de arriesgar la vida en defensa de la sociedad. Es natural que exijan que quienes ejercen potestades no tengan subordinación de ninguna especie a otras sociedades, salvo quizás aquellas escogidas en tratados de doble nacionalidad.

Existen, además, motivos prácticos evidentes para que la referida exigencia pese sobre quienes autorizan actos acerca de cuya emisión dan pública fe. El respaldo que el orden jurídico da a la enorme confianza que deposita en los escribanos consiste en hacer pesar sobre ellos una grave responsabilidad que incluye sanciones penales (art. 293, C.P.: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio”, delito cuya comisión no incumbe sólo al escribano, pero lo reconoce casi inexorablemente como autor).

Para la aplicación efectiva de esas sanciones, no es poco importante la facilidad que brinda la circunstancia de que el país que busca aplicarlas sea el emisor del pasaporte que permite salir de sus fronteras, así como traspasar otras. Quien fuera escribano extranjero podría hacerlo sin requerir documento al Estado, por y para quien daría fe pública, en la hipótesis de que progresara

la acción. El pasaporte del extranjero lo emite otro Estado. El argentino está sometido a nuestro documento. En sentido parecido funciona el derecho a la protección diplomática de su Estado de origen que asiste al extranjero o eventualmente las inmunidades de arresto y de jurisdicción penal, civil y administrativa que podría recibir de una designación diplomática (arts. 29 y 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas). Constituye un razonable propósito legislativo despejar estos posibles obstáculos a su eventual pretensión persecutoria de manera de asegurar la efectiva responsabilidad penal de quien hubiera faltado a sus deberes de fedatario.

Por todo ello, la exigencia no vulnera la garantía contenida en los arts. 16, C.N., 11, CCBA *supra*, o 1.1, CADH, sino que consiste en un modo de establecer la idoneidad de quien ocupa la posición de escribano de registro para recibir las obligaciones que la ley hace pesar sobre él.

Precedentes citados por la actora

2.6. Los restantes precedentes de la CSJN y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) invocados por la actora en su demanda tampoco conmueven el criterio expuesto. En “Hooft, Pedro Cornelio F. c/Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 322:3034) la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto requiere ser ciudadano nativo o hijo de un ciudadano nativo para acceder al cargo de juez de cámara. El actor era un ciudadano argentino naturalizado. La categoría fulminada no era excluyente de los no ciudadanos, sino excluyente de muchos ciudadanos, a saber, los naturalizados. Por consiguiente, interfería con la ley federal de ciudadanía.

Por su parte, en “Rocío Calvo y Pesini v. Provincia de Córdoba” (*Fallos*, 321:194) se declaró la inconstitucionalidad del art. 15 inc. a de la ley 7625 de la Provincia de Córdoba que exigía la ciudadanía argentina para ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana”. Por aplicación de dicha norma, a la actora, ciudadana española, se le impidió desempeñarse como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico de la ciudad de Córdoba bajo el régimen de suplencias (art. 13 ley 7625). Quedó acreditado en la causa que Rocío Calvo se hallaba radicada en la República Argentina de manera permanente desde al menos cinco años antes, obtuvo el reconocimiento de su título de licenciada en psicología, validado ante la Universidad nacional de Córdoba, se matriculó en el Colegio de Psicólogos de la Provincia, cumplió, durante el lapso de tres años, con la Concurrencia Programada Interdisciplinaria en Salud Mental en el Hospital Neuropsiquiátrico Provincial, programa de formación de posgrado que otorga puntaje para la calificación prevista en la ley 7625 (cuyo art. 15 inc. a se impugnara), luego se desempeñó como psicóloga en ese hospital durante poco más de tres años en tareas no remuneradas, como psicóloga suplente con guardia interdisciplinaria durante casi un año más, tras lo cual siguió prestando servicios declarados de

legítimo abono en el programa de atención primaria de la salud. Además, se había casado con un argentino. La Corte, tras recordar el principio general según el cual “...la aptitud técnica, física y en particular la moral configuran *exigencias de carácter genérico* en tanto otras, *como la ciudadanía*, lo son *para determinadas funciones...*”, y con mención expresa de las condiciones de hecho que rodeaban el caso, a las que me referí más arriba, señaló que la demandada no había hecho más que realizar afirmaciones dogmáticas sin acreditar un interés estatal que justificara excluir del ejercicio del arte de curar a una persona en las condiciones de la actora.

En la causa “Repetto, Inés M. C/Provincia de Buenos Aires (*Fallos*, 311:2272). En aquel fallo, la Corte examinó la validez del art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas vigente por resol. 2877, la resol. 721 del 23/3/1977 y el dec. 4/80, todos de la provincia de Buenos Aires, que imponían el requisito de nacionalidad argentina para ejercer la docencia (consid. 3º). Aunque esto no ha sido tematizado en el fallo, vale señalar que no se trata de normas que estén instituyendo reglas aplicables a concesionarios de funciones públicas. Asimismo, la exigencia debió ser analizada a la luz de los escasos fines que quedan legítimamente bajo la atención del Estado provincial, y que no pueden colidir con los de leyes nacionales, que, por su parte, han posibilitado que la enseñanza en sus tramos obligatorios sea brindada por escuelas de colectividades extranjeras así como por escuelas confesionales. En tales condiciones, la exigencia de ser ciudadano, contenida en normas provinciales, pasa no solamente a ser inexplicable sino frustratoria de las nacionales. Vale recordar que el constituyente tomó en cuenta el importante rol que podían desempeñar los extranjeros en la difusión del conocimiento cuando les garantizó, en el art. 25 de nuestra C.N., el derecho “a introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

En cuanto a la CEDH, el actor cita el caso el caso “Abdulaziz”. La relación que pretende establecer entre dicho precedente y la cuestión que nos ocupa en la especie, equiparando las cuestiones de género y las de nacionalidad bajo el rótulo de “categorías sospechosas” (fs. 33), no pasa de ser una relación indirecta, cuya fuerza argumental queda completamente neutralizada por otras consideraciones vertidas en el mismo precedente, que expresamente contradicen la tesis que pretende apoyar en él. En efecto, en lo que a nuestro caso importa, en dicho precedente fue impugnada cierta legislación inmigratoria (*1980 Rules*), debido a que sólo permitía a las ciudadanas inglesas establecer en el país a su marido extranjero si ellas o sus padres eran nativos del Reino Unido. Los únicos agravios relacionados con el caso que aquí nos ocupa, eran los referidos a la supuesta discriminación por razones de origen y raza. En cuanto a las razones de origen, análogas a las alegadas en el caso “Hooft” (citado más arriba), aun siendo ellas de más difícil justificación para el gobierno, la Corte Europea desechó el agravio. En el consid. 88 dijo que “[e]s cierto que una persona que, como la Sra. Balkandali, ha estado esta-

blecida en un país por varios años puede también haber formado estrechos lazos con él, aun si no nació allí. No obstante, *existen en general razones sociales persuasivas para dar un tratamiento especial a aquellos cuyo vínculo con el sistema del país es consecuencia de haber nacido en él*. La diferencia de tratamiento debe entonces ser considerada como habiendo tenido una justificación objetiva y razonable, y, en particular, no ha sido demostrado que sus resultados transgredan el principio de proporcionalidad. Esta conclusión no es alterada por el hecho de que las reglas de inmigración fueran luego reformadas en este punto” (la negrita me pertenece) [Nota: “It is true that a person who, like Mrs. Balkandali, has been settled in a country for several years may also have formed close ties with it, even if he or she was not born there. Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it. The difference of treatment must therefore be regarded as having had an objective and reasonable justification and, in particular, its results have not been shown to transgress the principle of proportionality. This conclusion is not altered by the fact that the immigration rules were subsequently amended on this point”]. En cuanto al agravio relativo a la discriminación por razones de raza, dijo en el consid. 85 que también debía descartarse toda vez que la legislación no tenía una motivación racial, sino que “el principal y esencial propósito de las 1980 Rules era restringir la ‘inmigración primaria’ para proteger el mercado laboral en un tiempo de alto desempleo” [Nota: “the main and essential purpose of the 1980 Rules was to curtail ‘primary immigration’ in order to protect the labour market at a time of high unemployment”]. En síntesis, la condena a la discriminación por ciudadanía no existe como principio inconcuso sino que tiene lugar sólo cuando no viene justificada por la consecución de una finalidad legítima.

Derecho comparado

2.7. El criterio propuesto se compadece con el mantenido en, por ejemplo, los Estados Unidos y la Unión Europea.

En cuanto a los Estados Unidos, sin desconocer el hecho de que su Constitución difiera tanto de la C.N. como de la CCBA en aspectos significativos, en lo que hace a la cuestión que nos ocupa, hay razones suficientes para repasar algunos de los precedentes jurisprudenciales a propósito de la aplicación de restricciones por razones de nacionalidad en materia de ocupaciones. Estos precedentes someten a las leyes nacionales y estatales al test de la *equal protection clause*, examen que tiene coincidencias relevantes, aunque no plenas, con el que imponen nuestros textos fundamentales. Esto es particularmente cierto, si tenemos en cuenta que la noción de “categoría sospechosa”, invocada por el actor y utilizada en los diversos precedentes que cita para sostener la necesidad de un escrutinio estricto y hasta una presunción de inconstitucionalidad de la ley en cuestión, fue desarrollada por la Corte Supre-

ma de EE.UU. en buena medida a partir de la nota 4 del fallo recaído en la causa precedente *United States vs Carolene Products* (304 US 144, sentenciada en 1938).

En principio, a la luz de la jurisprudencia de los EE.UU., y en línea con las alegaciones de la actora, la categoría “extranjeros” ha sido calificada de sospechosa en “*Graham vs. Richardson*” [Nota: 403 US 365. La ley cuestionada limitaba a los ciudadanos el pago de un beneficio social], por lo que la legislación en crisis merecería un examen pormenorizado y estricto de correspondencia con la C.N. y la CCBA, mitigando, a ese fin, la presunción de constitucionalidad de que goza toda ley. El ejercicio de poderes públicos constituye un elemento central para establecer cuándo la exigencia supera la sospecha. *In re* “*Sugarman vs. Dougall*” la Corte recordó que “cada Estado tiene el poder de establecer los requisitos para revistar como uno de sus agentes y la manera en que ellos deban ser electos” [Nota: 413 US 634, “[e]ach State has the power to prescribe the qualifications of its officers and the manner in which they shall be chosen”] (con cita de “*Boyd vs. Thayer*”, 143 US 135, 161) “para preservar la concepción básica de una comunidad política” [Nota: “to preserve the basic conception of a political community”] (con cita de “*Dunn v. Blumstein*”, 405 US en 344), y sostuvo que “ese poder y responsabilidad del Estado alcanza no solamente a los requisitos para ser elector, sino también a quienes detentan posiciones estatales electivas, o no electivas importantes, ejecutivas, legislativas y judiciales, para funcionarios que participan directamente en la formulación, ejecución o control de funciones políticas públicas, en sentido amplio, que llegan al corazón del gobierno representativo” [Nota: 413 US 634, 647: “this power and responsibility of the State applies, not only to the qualifications of voters, but also to persons holding state elective or important nonelective executive, legislative, and judicial positions, for officers who participate directly in the formulation, execution, or review of broad public policy perform functions that go to the heart of representative government”]. En este caso se declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que requería la ciudadanía estadounidense para ocupar cualquier cargo de la administración pública al que se accediera mediante concurso, no obstante lo cual la Corte Suprema de EE.UU., en los últimos considerandos del fallo, se preocupó por destacar la regla enunciada no obstante que no le era indispensable para arribar a la solución que adoptó. La última frase del voto mayoritario del fallo dejó sentada la orientación: “[u]na restricción en el empleo de los no ciudadanos, taxativamente concebida, podría tener particular relevancia en cuanto a esta responsabilidad estatal, dado que la condición de extranjero en sí misma es un factor que razonablemente podría ser empleado al definir ‘comunidad política’” [Nota: 634 US 647, 649: “A restriction on the employment of noncitizens, narrowly confined, could have particular relevance to this important state responsibility, for alienage itself is a factor that reasonably could be employed in defining ‘political community’”].

Luego, en “Foley v. Connelie”, la regla pasó a formar parte del *holding*, y por ende a sentar precedente. Allí, la Corte declaró la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que requería la nacionalidad estadounidense a todos aquellos que quisieran formar parte del cuerpo de policía. Para hacerlo, entre varias consideraciones sostiene que “sería inapropiado [...] requerir a cada exclusión legal de extranjeros superar la alta valla de ‘escrutinio estricto’, porque hacerlo ‘borraría todas las distinciones entre ciudadanos y extranjeros, y por ende depreciaría el valor histórico de la ciudadanía” [Nota: 435 US 291: “It would be inappropriate [...] to require every statutory exclusion of aliens to clear the high hurdle of ‘strict scrutiny’, because to do so would ‘obliterate all the distinctions between citizens and aliens, and thus depreciate the historic values of citizenship’”]. Allí la mayoría de la Corte hace propio el criterio sentado en la disidencia del juez Burger en “Nyquist v. Mauclet”, 432 US 1. Más adelante, reafirma el criterio sentado en “Sugarman”, y señala que “el Estado sólo necesita justificar su clasificación mostrando alguna relación racional entre el interés que se busca proteger y la clasificación limitativa” [Nota: 435 US 291, 296: “The State need only justify its classification by a showing of some rational relationship between the interest sought to be protected and the limiting classification”. Vale destacar que adoptar el test de la demostración de alguna relación racional, supone eliminar, para el empleo público de esta clase la idea de que los extranjeros son una categoría sospechosa], y que “los oficiales de policía claramente pertenecen a la categoría de ‘importantes posiciones estatales... no electivas que participan directamente de la... ejecución... de políticas públicas en sentido amplio” [Nota: 435 US 291, 296: “Police officers very clearly fall within the category of ‘important nonelective... officers who participate directly in the... execution... of broad public policy’”], y que “[u]n Estado puede, por consiguiente, en consonancia con la Constitución, confinar la realización de esta importante responsabilidad pública a los ciudadanos de los Estados Unidos” [Nota: 435 US 291, 300: “A State may, therefore, consonant with the Constitution, confine the performance of this important public responsibility to citizens of the United States”].

Más tarde, *in re* “Ambach v. Norwick”, 441 US 68, la Corte de EE.UU. sostuvo la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que requería haber solicitado la ciudadanía estadounidense para ser docente en una escuela pública. Cita a “Sugarman”, así como a “Foley” (necesidad de mostrar sólo una relación racional), sostiene que está vigente “el principio general de que algunas funciones estatales están tan ligadas con la gestión del Estado como entidad gubernamental como para permitir la exclusión de esas funciones de toda persona que no haya devenido parte del proceso de autogobierno” [Nota: 441 US 68, 74: “...the general principle that some state functions are so bound up with the operation of the State as a governmental entity as to permit the exclusion from those functions of all persons who have

not become part of the process of self-government”], y que “[l]a regla para las funciones estatales, que es una excepción al criterio general aplicable a las clasificaciones basadas en la calidad de extranjero, descansa sobre importantes principios inherentes a la Constitución” [Nota: 441 US 68, 75: “The rule for governmental functions, which is an exception to the general standard applicable to classifications based on alienage, rests on important principles inherent in the Constitution”]. Finalmente, con posterioridad al pronunciamiento vertido en “Ambach”, la Corte Suprema de los EE.UU. en “Cabell v. Chavez-Salido”, 454 US 432, volvió a aplicar la regla proveniente de “Sugarman”, para convalidar una ley del Estado de California que requería la ciudadanía de los EE.UU. para ser oficial supervisor de condenados bajo el régimen de *probation*, instituto que tiene alguna similitud (aunque grandes diferencias también) con la suspensión del juicio a prueba previsto en los arts. 76 y ss. de nuestro Código Penal. Este fallo evidencia, por si alguna duda quedaba, que el criterio proveniente de “Sugarman”, es amplio, y va más allá de la estricta aplicación al ejercicio de cargos electivos.

Pero, en esta línea jurisprudencial existe un caso con un interés específico para el que actualmente nos ocupa. La Corte de EE.UU. declaró inconstitucional una ley del Estado de Texas que reservaba el acceso a la habilitación como notario público a los ciudadanos de los EE.UU. Me refiero a “Bernal v. Fainter”, 467 US 216. Las circunstancias que fundaron dicho precedente gufa en nuestro caso a la solución contraria. Los escribanos de Texas, tal como los examinó este fallo no tenían las incumbencias de los de la ley 404. Así, les competía autenticar instrumentos escritos —no se habla de autorización o efectos sobre terceros—, recibir juramentos y testimonios extrajudiciales (467 US 216, 218). Esas funciones están descriptas por el tribunal como propias de quien lleva un registro de datos o documentos [Nota: “Clerical” es el término inglés utilizado en el fallo. El *Black’s Law Dictionary* define dicho término como “pertaining to the office or labor of a clerk”, y a este ultimo como “Person employed in public office whose duties include keeping records or accounts”. La traducción propuesta no es literal sino que es la que, entiendo, rescata con mayor fidelidad el significado que tiene la original en el fallo comentado] y absolutamente regladas [Nota: “Ministerial” es el término inglés utilizado en el fallo. El *Black’s Law Dictionary* define dicho término como “[...] That which involves obedience to instructions, but demands no special discretion, judgment, or skill. [...] Official’s duty is ‘ministerial’ when it is absolute, certain and imperative, involving merely execution of a specific duty arising from fixed and designated facts”. Nuevamente, la traducción no es literal], lo que las alejaría de la discrecionalidad tenida en mira en los otros casos “Sugarman”, “Foley”, “Ambach” y “Cabell” que cito, y que el fallo recuerda. Empero, otras consideraciones dan una perspectiva sugestiva al pronunciamiento. Así, aunque no lo convierte en dato clave para la solución, señala que los *court reporters* en Texas son agentes públicos que cumplen funciones

similares a las de los escribanos, en lo que hace a recibir testimonios y juramentos, no obstante lo cual no se les exige ciudadanía (467 US 216, 223). Tampoco se la exigía al Secretario de Estado de Texas, no obstante que de él dependía nada menos que el otorgamiento de las licencias para actuar como escribano (467 US 216, 223). Es decir, que el escrutinio debía superar una visible inconsistencia en el criterio del legislador local sino, lisa y llanamente, un desinterés por la condición requerida. Pero, la circunstancia que cierra, a mi modo de ver, el razonamiento de la Corte es que “para ser escribano en Texas sólo se exige llenar una solicitud indicando nombre y domicilio y contestar cuatro preguntas relativas a la edad, ciudadanía, residencia y antecedentes penales” (467 US 216, 228). Es decir, la habilitación estaba lejos del sistema de la ley 404. Finalmente, vale señalar que el actor era un mexicano dedicado a ayudar en asuntos legales a otros inmigrantes de habla hispana.

2.8. En cuanto al criterio mantenido en la Unión Europea, resultan ilustrativos algunos precedentes del Tribunal Europeo de Justicia. En ellos puede verse cómo dicho tribunal ha convalidado en numerosas ocasiones legislación comunitaria que requería la calidad de ciudadano para ocupar un cargo público. Por ejemplo ha sostenido que “[d]e la combinación de los arts. 7 y 27 del estatuto de los funcionarios, surge que la designación, la promoción y el destino de sus agentes, la Comisión debe, por una parte, inspirarse en el interés del servicio con independencia de la nacionalidad y, por la otra, asegurar que el reclutamiento respete una base geográfica tan amplia como sea posible entre los ciudadanos de sus estados miembros de las Comunidades. La Comisión concilia esos imperativos cuando en el caso en los títulos de los diferentes candidatos sean sensiblemente equivalentes, hace jugar a la nacionalidad el rol de criterio de preferencia a fin de mantener o de restablecer el equilibrio geográfico en su planta” [*Nota: Arrêt du 6 mai 1969, Reinartz / Commission (17-68, Rec. p. 00061)*]: “Il résulte de la combinaison des articles 7 et 27 du statut des fonctionnaires que pour le recrutement, la promotion et l’affectation de ses agents la Commission doit, d’une part, s’inspirer de l’intérêt du service sans considération de nationalité et, d’autre part, assurer un recrutement sur une base géographique aussi large que possible parmi les ressortissants des Etats membres des Communautés. La Commission concilie ces impératifs lorsque, au cas où les titres des différents candidats sont sensiblement équivalents, elle fait jouer à la nationalité le rôle de critère préférentiel afin de maintenir ou de rétablir l’équilibre géographique au sein de son personnel”. Como este caso, pueden citarse muchos otros [*Nota: A modo de ejemplo puede verse lo resuelto en Arrêt du 29 mai 1997, Contargyris / Conseil (T-6/96, RecFP p. II-357) (conf. points 134-135)*]: “[l]a regla del art. 27, parág. 3º, del estatuto según la cual ningún empleo debe ser reservado a los ciudadanos oriundos de un Estado miembro determinado, debe ser respetada en el cuadro de todos los procedimientos de reclutamiento previstos por el art. 29 del estatuto, incluso para las designaciones de funcionarios de

grado A1 y A2 según el procedimiento tenido en mira en el art. 29, parág. 2. En efecto, si el art. 27, parág. 1º, del estatuto prevé que el reclutamiento debe ser realizado sobre una base geográfica tan amplia como sea posible entre los ciudadanos oriundos de los estados miembros, no autoriza a la administración a reservar un puesto a un ciudadano de una nacionalidad dada si eso no está determinado por razones del servicio”. El texto original en francés reza: “La règle de l’article 27, troisième alinéa, du statut, selon laquelle aucun emploi ne doit être réservé aux ressortissants d’un État membre déterminé, doit être respectée dans le cadre de toutes les procédures de recrutement prévues par l’article 29 du statut, y compris lorsqu’il est procédé au recrutement de fonctionnaires de grade A1 ou A2. En effet, si l’article 27, premier alinéa, du statut prévoit que le recrutement doit s’effectuer sur une base géographique aussi large que possible parmi les ressortissants des États membres, il n’autorise pas pour autant l’administration à réserver un poste à un candidat d’une nationalité donnée, sans que cela soit justifié par des raisons ayant trait au fonctionnement des services”. Asimismo, puede verse lo resuelto en *Arrêt du 4 mars 1964, Lasalle /Parlement (15-63, Rec. _p._00057)* : “El interés del servicio y el respeto de la carrera quedarían comprometidos si la administración, a fin de asegurar el equilibrio geográfico, pudiese reservar un puesto a una determinada nacionalidad, sin que eso esté justificado por razones vinculadas al funcionamiento de sus servicios. No es empero incompatible con estas exigencias y con la prohibición de discriminar sobre la base de la nacionalidad que la administración en caso en que los títulos de los diferentes candidatos sean sensiblemente equivalentes haga jugar a la nacionalidad el rol de criterio de preferencia cuando ello es necesario para mantener o restablecer el equilibrio geográfico en su planta”. El texto en francés reza: “L’intérêt du service et le respect de la vocation à la carrière seraient compromis si l’administration, aux fins d’assurer l’équilibre géographique, pouvait réserver un poste à une nationalité déterminée, sans que cela soit justifié par des raisons ayant trait au fonctionnement de ses services. Il n’est cependant pas incompatible avec ces exigences et avec l’interdiction de discriminations basées sur la nationalité que l’administration, au cas où les titres des différents candidats sont sensiblement équivalents, fasse jouer à la nationalité le rôle de critère préférentiel lorsque cela est nécessaire pour maintenir ou rétablir l’équilibre géographique au sein de son personnel”]. Si bien no encontramos un ciudadano extracomunitario reclamando su derecho a no ser discriminado, vemos a las claras cuál es la política imperante en la Unión Europea en materia de empleo público y cuál el alcance de la protección de normas de jerarquía supranacional.

Tal como evidencian los fallos referenciados, cuando las numerosas disposiciones contenidas en los diversos tratados que dieron lugar a lo que hoy es la Unión Europea, culminando por la Constitución Europea (si bien aún no ha sido refrendada por la totalidad de los países de la unión), prohíben la

discriminación por razones de nacionalidad, se están refiriendo pura y exclusivamente a los nacionales de la unión, poniéndolos al resguardo de la discriminación que un Estado miembro haga respecto de los ciudadanos de los demás países miembros. Es decir, es un fenómeno similar a requerir ciudadanía de una provincia para ser empleado público de ella. No se refieren a la protección de los ciudadanos extracomunitarios. Como ejemplo de ello, puede verse en el Estatuto de los Funcionarios de la Comunidades Europeas que requiere la ciudadanía de alguno de los países miembros a efectos de ser nombrado funcionario [Nota: Art. 28: “Sólo podrán ser nombrados funcionarios las personas que cumplan las condiciones siguientes: a) que sean nacionales de uno de los Estados miembros de las Comunidades, salvo excepción acordada por la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, y que esté en pleno goce de sus derechos políticos [...]”], o la Directiva Relativa al Establecimiento de un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación, que expresamente dispone que dicha directiva no se aplica a la discriminación por motivos de nacionalidad [Nota: Art. 3º, inc. 2º: “La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apartidas”].

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

2.9. Se destacan también las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea —*Diario Oficial n° C325 de 24/12/2002*—, que aún limitando a los nacionales de los países miembro la prohibición de restringirles la libertad de establecimiento o prestación de servicios, establece como excepción a dicha garantía “las actividades que [...], estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”.

En efecto en el Título III referido a la “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, el Capítulo 3 referido a los “Servicios”, el art. 49 dispone que:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad”.

A su turno, el art. 50 dispone que:

“Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la

medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades *propias de las profesiones liberales*".

Finalmente, el art. 55 dispone que "[l]as disposiciones de los arts. 45 [...] serán aplicables a el presente capítulo". Dicho art. 45 dispone que:

"Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo".

A este respecto, el 18 de enero de 1994, el Parlamento Europeo emitió una resolución acerca de la organización del notariado en los Estados miembros de la Comunidad Europea, en la que expresó: "[...] Consciente de que la actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas, con miras a descongestionar a los tribunales [...] Quiere recordar que la profesión de notario —aunque organizada de forma distinta en cada uno de los doce Estados miembros de la Comunidad y también en el interior de algunos Estados— se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal (con la excepción de Portugal y de uno de los Estados Federados alemanes, existiendo un sistema particular del Reino Unido), pero sometida al control del Estado —o del órgano estatutario designado para esto por la autoridad pública— en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma; función preventiva a la del juez, en cuanto que elimina o reduce los casos de litigio; funciones de asesor imparcial. Considera que la existencia de una delegación parcial de la autoridad de Estado como elemento inherente al ejercicio de la profesión de notario, basta para justificar la aplicación a la misma del art. 55 del Tratado de la Comunidad Europea en virtud del cual se exceptúan de las disposiciones relativas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios las actividades que

en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional con el ejercicio del poder público [...] Estima por lo tanto —a pesar de la interpretación restrictiva que se hace de la excepción del art. 55— que las disposiciones del tratado C.E. en materia de libre establecimiento y de libre prestación de servicios no constituyen un fundamento jurídico apropiado para que se pueda producir una armonización a nivel comunitario de las reglas de organización de la profesión de notario”.

Agravio según el cual la CCBA dispone como principio la igualdad entre extranjeros y ciudadanos en materia de derechos políticos

2.10. Vale detenerse ahora en el agravio que la actora expone con estas palabras: “[l]as particularidades de la Constitución de la Ciudad hacen que, incluso en materia de derechos políticos, el principio ineludible sea la igualdad entre nacionales y extranjeros y que los casos excepcionales que se aparten del principio sean determinados por la propia Constitución, sin que ley alguna pueda imponer salvedades a la regla” (fs. 32 vta.). Funda su afirmación en los arts. 11 y 62, CCBA.

La afirmación es muy fuerte. “[L]o dispuesto por el art. 62”, lejos de refirmar la interpretación del actor, como pretende a fs. 32, avala la interpretación propuesta en este voto. En efecto, si bien dicho artículo otorga derecho al sufragio a extranjeros no lo hace sino a los residentes y “[...] en los términos que establece la ley”. Además, lo hace a modo de excepción a la regla general establecida en el mismo artículo, según la cual los derechos políticos son “inherentes a la ciudadanía”. Ello necesariamente quiere decir que los ciudadanos no pueden ser excluidos del voto a menos que sean excluidos también de la ciudadanía, mientras que los extranjeros no tienen ese derecho por la sola circunstancia de serlo, ya que si el voto fuera inherente tanto a la ciudadanía como a la extranjería, lo sería a la humanidad cuyo conjunto abarca la suma de aquellas dos categorías, y en ese caso poco o ningún sentido tendría la cláusula del párr. 1º del art. 62.

Esa “ciudadanía” se define por reglas que sólo compete al Gobierno Federal establecer (art. 126, C.N.), esto es, que para la CABA es un dato que no puede alterar, por lo cual también lo es la condición de extranjero.

Esta extensión del derecho al voto de los extranjeros no es natural en una sociedad política en la cual se adquieren graves compromisos respecto del uso de la fuerza y del establecimiento del orden jurídico. En cambio, está vastamente extendido en las municipalidades, colectividades en las cuales el manejo de atribuciones está más relacionado con los tributos que con otras competencias legislativas. El número de extranjeros efectivamente votantes no es numeroso en nuestra Ciudad. Por ello, pienso que no cabe suponer en el constituyente más equiparación que la que expresamente dispuso: derecho a votar asumiendo “...las obligaciones correlativas...”, que nacen, obviamente, de la ley. Esta lectura del art. 62 párr. 2º se ve refirmada también por el len-

guaje del art. 61, CCBA. Ella sólo garantiza allí a los ciudadanos el derecho de asociarse en partidos políticos, porque estima, siguiendo una tradicional concepción en la materia, que los derechos políticos son “inherentes a la ciudadanía”, coincidiendo con ello con el art. 62 párr. 1º. Ciertamente es que podría emplear la voz “ciudadanía” abarcando al conjunto del electorado. Pero, varias son las razones que impiden hacerlo. Por una parte, porque los textos comentados no dan motivo para suponer ese significado, sino que, por el contrario, aclaran que los extranjeros residentes están equiparados con la ciudadanía en el derecho a votar. Por la otra, porque solamente la legislación federal define la condición de ciudadano. Asimismo, no veo razones para suponer que los textos impiden a los extranjeros asociarse con fines políticos. En primer lugar, porque el derecho a asociarse con fines útiles es, como principio, resguardo del más específico por el que me interrogo; y en segundo lugar, porque no hay razones para suponer que la Legislatura podría, eventualmente, establecer límites a la afiliación partidaria de los extranjeros. Pero, la realidad es que la CCBA no trató en forma expresa el problema, ni hay razones para suponer que lo hizo implícitamente.

Ello sentado, el art. 11 no dispone respecto del tema que nos ocupa más que lo referido a la garantía de igualdad de que me ocupé más arriba, aunque ciertamente lo hace con mayor amplitud, poniendo al desnudo categorías que buscan presentar las desigualdades como razonables para discriminar odiosamente. La cláusula toma una clara postura inspirada en una tolerancia que nos enorgullece. Vale repasar la norma, que así dice: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. //Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. //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”. Sostiene el actor que “tras consagrar en su párr. 1º la igualdad entre nacionales y extranjeros, el art. 11 [en su párr. 3º] establece un principio de promoción de la ‘efectiva participación (de ambos) en la vida política, económica y social de la comunidad’” (fs. 31vta), y que ello “se ve reafirmado por lo dispuesto en el art. 62”, que otorga derecho al sufragio a los extranjeros residentes (fs. 32).

El párr. 1º no consagra únicamente la igualdad entre nacionales y extranjeros, sino que se refiere a muchas otras categorías. A partir de lo cual queda claro que no hay razones para pensar que el párr. 3º del art. 11, CCBA necesariamente debe estar dirigido a promover la participación de los extranjeros en el ejercicio de funciones públicas, tesis que con toda habilidad construye la actora. La prohibición de discriminar en el texto legal está plenamente

te consagrada en los párrs. 1º y 2º, aun cuando los párrafos no deben leerse como compartimentos estancos sino como dirigidos conjuntamente a generar un ámbito de tutela. El párr. 3º no constituye una redundante insistencia, sino una cláusula programática que consagra fines expresos para las políticas y recursos públicos —aspecto que, en mi opinión, soslaya la lectura del actor—. Dicho párr. 3º no se refiere a la promoción de la participación política de las personas mediante la específica remoción de obstáculos jurídicos —como el cuestionado en autos—, sino mediante la remoción de obstáculos, de cualquier naturaleza, pero que *de hecho* —por ejemplo, la falta de medios económicos para participar o exigencias legales que, aunque no establezcan discriminaciones en el texto legal, determinen una aplicación injustificadamente más gravosa para una clase—. O sea, la cláusula no busca promover el derecho a votar para todas las personas sin distinción, sino que brinda un plus consistente en promover que aquellas personas que, según la CCBA, tienen derecho a votar no vean frustrado ese derecho por la existencia de obstáculos de hecho.

El art. 7º, C.N. y la libre circulación de la fe pública

2.11. Finalmente, conviene reparar en el hecho de que la nacionalidad argentina constituye un requisito para matricularse como escribano en 19 de los 24 estados locales de la República Argentina. En algunos instalado de modo expreso en sus leyes de notariado, en otros por remisión a la calidad de funcionario público, que lo exige. Cuando el Congreso era legislatura local de la Ciudad de Buenos Aires, hoy autónoma, dictó la ley 12.990 regulatoria del notariado. Su art. 1º, inc. a) requería la ciudadanía nativa o la naturalización obtenida con diez o más años de antelación para aspirar a una designación como escribano de registro. Aun cuando lo hizo como autoridad local, no puede descuidar el intérprete que el mismo cuerpo “[...] puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán” (art. 7º, C.N.). En esas condiciones, poner las exigencias de la CABA en armonía con los criterios del Congreso y las exigencias de las otras provincias, se convierte en un objetivo legítimo para su Legislatura. Ello así, porque se trata precisamente de una función cuyos productos tienen consecuencias allende los confines de la Ciudad. El art. 7º, C.N. dispone que “[l]os actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás”, y ciertamente las escrituras autorizadas por los escribanos de registro son supuestos característicos de esa especie. Esta “libre circulación” de la fe pública es valor central de nuestro federalismo. Al respecto, “desde antiguo la Corte ha señalado la inconstitucionalidad de las normas provinciales que requieren, como en el caso, la previa protocolización de los instrumentos públicos de otras jurisdicciones para su posterior inscripción en el registro (*Fallos*, 183:76; 186:97; “Molina, Isaac R. c/Provincia de Buenos Aires”, sentencia de fecha 19/12/1986, entre mu-

chos otros). Dicho art. 7° está ubicado dentro del Capítulo titulado Declaraciones, Derechos y Garantías, por lo cual pesa sobre la CABA como carga cuya observancia nos legitima a requerir la garantía del art. 5°, C.N. Obviamente, el reconocimiento no está dado en función de una recíproca confianza emotiva que pueden dispensarse las provincias, sino del ejercicio de sus poderes de policía de modo similar, armónico y eficaz. Del mismo modo, es razonable que nosotros nos fijemos en los requisitos que los otros usan para asegurarse la autenticidad de los actos, cuando se trata de reconocer en nuestra ciudad los que están dados fuera de sus límites. Esto tiene que ver con la relación entre las jurisdicciones y obviamente con el reconocimiento que da el citado art. 7°. En el escenario reseñado, el legislador encuentra en la correspondencia con las restantes jurisdicciones una razón más para escoger el requisito examinado sin que ello suponga una discriminación.

En síntesis, para justificar una limitación a las libertades, la regla es siempre que tengan un propósito legislativo legítimo, y que la herramienta escogida, sea idónea para satisfacer la finalidad legítima propuesta. Estos extremos están reunidos en la ley que nos ocupa.

2.12. En tales condiciones, por las razones expresadas en el precedente “Asociación de Derechos Civiles” (citado), así como por las restantes aquí desarrolladas, queda claro que ni la C.N., ni la CCBA imponen el requisito de nacionalidad, así como tampoco lo vedan. Simplemente dejan librado al legislador adoptarlo, cosa que le permite, adaptarnos a un mundo en constante integración.

III. Agravio relativo a la extensión legislativa de la competencia apelada del Tribunal Superior de Justicia

3.1. Corresponde ahora continuar con el tratamiento del agravio del actor según el cual el otorgamiento a este TSJ de competencias en materia disciplinaria por parte de la ley 404, ha ampliado inconstitucionalmente su competencia apelada, determinada en el art. 113, inc. 3°, CCBA. Apoya su tesis invocando jurisprudencia de la CSJN —*Fallos*, 32:120— y de éste tribunal —“Perrone, Héctor A” (expte. n° 30/99)— en la que se ha dispuesto que no puede ampliarse por medio de una ley la competencia originaria definida en la Constitución para uno y otro tribunal respectivamente. Entiende pertinente la cita de dichos precedentes, alegando que, al igual que la jurisdicción originaria de la CSJN, la jurisdicción apelada del TSJ está taxativamente establecida en la CCBA. En dicho orden de ideas solicita la inconstitucionalidad de los arts. 117, 120 incs. a) y b), 153 y 172 de la ley 404.

3.2. Para examinar este agravio, corresponde en primer lugar analizar si el TSJ al actuar como Tribunal de Superintendencia, actúa como un tribunal de justicia, como sostiene el actor a fs. 39 vta., o si lo hace como un tribunal administrativo.

3.3. En dicho orden de ideas, en primer término conviene repasar el funcionamiento del Tribunal de Superintendencia. Conforme dispone el art. 118 ley 402, a partir de la incorporación de la Justicia Ordinaria a la Ciudad, dicho tribunal estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia y por dos vocales titulares que dicha Cámara, reunida en pleno, designará de su seno, anualmente y por simple mayoría de votos. Provisoriamente, hasta tanto se efectúe el traspaso de competencias pertinentes a la CCBA, sus funciones son cumplidas por el Tribunal Superior de Justicia (conf. art. 172 ley 404). En dicho marco, las acordadas 1/01, 1/03 y 2/05 del TSJ dispusieron que las decisiones que compete adoptar al TSJ en ejercicio de sus competencias como Tribunal de Superintendencia competerán a tres de sus jueces; lo cual supone un modo de circular el expediente entre los tres individuos designados. Así como en los expedientes regidos por la ley 402, la circulación comienza por un juez de trámite, individualizado mediante sorteo, y continúa por los otros cuatro jueces, cuando el TSJ opera en sustitución del Tribunal de Superintendencia organizado por la ley 404, en ausencia de otra regla, la circulación se ciñe a tres de sus miembros, número cuya reunión satisface la mayoría requerida para las sentencias del TSJ y, a un mismo tiempo, coincide con el de los vocales del TS cuya formación está prevista en el art. 118 de la ley 404. Ciertamente, esta es la única manera de interpretar la referida acordada, puesto que, como es obvio, no incumbe al TSJ generar órganos administrativos o judiciales novedosos para ocuparse de las funciones a que le confiere el art. 172 de la ley 404, mientras que, en ausencia de una ley que disponga lo contrario, nada empece a que adopte reglas de circulación como la comentada.

3.4. En cuanto a la voz “tribunales administrativos”, ella ha sido reservada, habitualmente, para referirse a aquellos órganos no integrantes del Poder Judicial a los cuales se encomiendan cuestiones, que, por su naturaleza, están reservadas a la decisión final de los órganos permanentes de dicho poder del Estado. Puede verse, en este sentido, la formulación tradicional de Jorge Tristán Bosch —*¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Víctor P. Zavallía Editor, Buenos Aires, 1951, pp. 24 y 25:

“Pero, aun antes de entrar a desarrollar el plan propuesto, conceptuamos necesaria una aclaración destinada a evitar cualquier clase de confusiones respecto a lo que pasaremos a exponer.”

Se trata de la expresión “tribunales administrativos” que venimos empleando. Debe tenerse presente que la misma —en concordancia con los autores que hemos citado— se ha tomado en el sentido en que la utilizan los tratados de derecho administrativo francés, vale decir, como equivalente a órganos que ejercen funciones jurisdiccionales en materia contencioso-administrativa y que reúnen las siguientes características:

1. no forman parte del Poder Judicial, sino del Poder Administrador;
2. carecen enteramente de vinculación con el Poder Judicial: sus decisiones tienen carácter final, siendo irrevisables por los tribunales judiciales;
3. actúan separados de los órganos que cumplen las funciones propiamente administrativas y que en su conjunto se denominan “Administración activa”;
4. gozan de una competencia en materia contencioso-administrativa establecida por cláusula general, o sea, son “tribunales de derecho común” en materia administrativa.

Por lo tanto, cada vez que en este trabajo se hable de “tribunales administrativos”, sin otra aclaración, deberá entenderse que nos referimos órganos que reúnen los requisitos señalados. Cuando así no ocurra constará la salvedad pertinente”.

En tales condiciones, debe descartarse que el TSJ actúe como un tribunal administrativo cuando ejerce su competencia como TS.

3.5. No obstante lo dicho, cabría aún la posibilidad de que la función bajo examen, si bien ejercida por un tribunal jurisdiccional, fuera de naturaleza eminentemente administrativa. Veremos que ése tampoco es el caso.

Como excepción, nuestro sistema constitucional admite que algunas funciones, cuya naturaleza impone la decisión final de la justicia, comiencen siendo desarrolladas por autoridades administrativas. En cambio, si bien las personas que habitualmente ejercen competencias como jueces pueden, asimismo, ser convocadas a los fines de ejecutar algunas funciones administrativas, el principio de división de poderes hace que una función administrativa no pueda ser puesta por el legislador en manos de órganos judiciales, a menos que se trate de las que son sirvientes de la función jurisdiccional cuyo ejercicio asigna la CCBA al Tribunal, no así a los jueces de mérito, a fin de asegurar su independencia, o aquellas otras muy próximas a las judiciales porque está latente una controversia, cuando ponerlas en manos de jueces implica una garantía para las partes, por ejemplo el divorcio por mutuo consentimiento o la ejecución de un acto administrativo para la cual no existe facultad suficiente de la administración. En estos casos, lo resuelto por el juez no está destinado a ser revisado, por lo cual deben estar diseñadas de manera tal que no pueda suscitarse la controversia ulteriormente. Ya en 1792, en el precedente conocido como “Hayburn’s Case” (2 Dall. 409), la Corte Suprema de los EE.UU. decidió que una función administrativa, en el caso establecer quiénes debían percibir un haber de retiro, no podía ser atribuida a un juez federal cuya decisión quedaría sujeta al control del Secretario de Guerra. Ello así, porque la decisión del juez habría dejado de constituir la disposición final del asunto, y es principio bien establecido que esa es la característica más típica de la decisión judicial, razón por la cual solamente puede ser revisada por

otro juez o tribunal. En “United States v. Ferreira”, 13 How. 40 (1852) se mantiene idéntica doctrina; y más recientemente, en “Mistretta v. United States”, 488 US 361, 386 y ss, y 404. (1989), donde estableció que un miembro de un tribunal podía ser convocado a fin asignarle una función administrativa, pero no el tribunal como tal. Esta cuestión mereció tratamiento detallado en “USA v. Ferreira”, caso en que la Corte consideró la posibilidad de interpretar como comisiones del Poder Ejecutivo las intervenciones de varios de sus jueces como parte de tribunales federales inferiores.

No cabe otra solución en nuestra Ciudad. Si bien con matices respecto del federal, rige en ella un sistema de división de poderes en el cual, como parcialmente adelanté, el Poder Legislativo puede crear funciones administrativas, pero debe atribuir las al jefe de Gobierno o a los órganos que de él dependen; no, en cambio, a los órganos permanentes del Poder Judicial. Hacerlo subvertiría la condición de final que las decisiones judiciales tienen en el esquema de división de poderes de la CCBA. A su turno, atribuir al TSJ una función de esa especie, llevaría a hacerle perder su condición de órgano judicial máximo, también atribuida por la CCBA.

No está en cuestión aquí aquella otra hipótesis consistente en atribuir a la administración funciones de naturaleza jurisdiccional y, por tanto, sujetas a decisión de los jueces. Nos toca, en cambio, abocarnos a la hipótesis de aquellas funciones a las cuales se podría dotar de rasgos administrativos, pero que son, además, susceptibles de diseño judicial. Esta situación ambivalente obedece a que las funciones administrativas y las judiciales tienen algo en común: pueden resolver situaciones individuales, esto es, tener alcance singular. Es en razón de este rasgo que nada menos que Locke categoriza tanto a unas como a las otras como ejecutivas [Nota: LOCKE, John: *The Second Treatise of Civil Government and a Letter Concerning Toleration*, J. W. Gough (Oxford: Basil Blackwell, 1946) 73, Cap XIII, especialmente n° 150]. Un rasgo dirimente para determinar si la función es de tipo administrativo o judicial está dado por la estabilidad con que se resguarda al producto final del ejercicio de la competencia. Cuando se trata de la estabilidad propia de la cosa juzgada administrativa, será porque la función también lo es; mientras que en el supuesto de que se la dote de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, la decisión será de naturaleza judicial y deberá provenir de los jueces. Un segundo elemento decisivo es la sujeción del ejercicio de la función de que se trate a pautas cuyo conocimiento y aplicación sea propio de los jueces. En este sentido, los jueces no toman decisiones entre objetivos en pugna que requieran decisiones propias de la voluntad popular y, por lo tanto, deban ser descargadas por los órganos que la representan. Los jueces, se deben mover, aun cuando les sea acordado algún margen de discrecionalidad, guiados por pautas objetivas que, aunque no excluyan algún elemento voluntario, en cambio, lo reduzcan a una proporción relativamente menor frente a los aspectos reglados de su visión.

3.6. El Tribunal de Superintendencia obra en algunas ocasiones como alzada del Colegio de Escribanos, y en otras como instancia originaria a requerimiento de dicho colegio. Ello así, porque la ley 404, al regular el procedimiento disciplinario establece que concluida la instrucción, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, deberá expedirse dentro de los 30 días. En dicho plazo podrá decidir, según las circunstancias: *i*) desestimar el cargo y archivar las actuaciones (art. 142, ley 404), o bien, *ii*) si estima que la sanción que corresponde aplicar es menor a la de suspensión por tres meses, imponerla directamente, decisión apelable ante el Tribunal de Superintendencia del Notariado, dentro de los diez días de notificada (art. 142, ley 404), o, finalmente, *iii*) si considera que la sanción debe superar a la precedentemente indicada, requerirla al Tribunal de Superintendencia, obrando como fiscal (arts. 122 y 143, ley 404). De esta forma se habilitan las dos competencias esenciales del Tribunal de Superintendencia del Notariado previstas en el art. 120 de la ley 404 en materia disciplinaria, la del inc. a) “conocer en única instancia, previo sumario y dictamen del Colegio” y la del inc. b) consistente en entender como Tribunal de apelación especialmente respecto de las resoluciones en materia disciplinaria, no previstas en el inc. a) del artículo citado.

Si la función de aplicar el régimen disciplinario a los notarios de registro hubiese sido diseñada como una competencia administrativa, la revisión judicial habría alcanzado solamente lo relativo a la legitimidad del acto. A su vez, la estabilidad de la sanción habría sido la propia de la cosa juzgada administrativa, aunque esto último podría tener matices significativos fundados en el contenido del acto. Empero, no parece dudoso, ni viene en verdad discutido, que las sanciones pasan en autoridad de cosa juzgada judicial, como tampoco lo parece que incumbe al Tribunal de Superintendencia la revisión plena de todos los contenidos del acto cuando éste emana de órganos del colegio de escribanos o, lisa y llanamente, su formulación original, cuando se trata de las competencias del art. 120, inc. b).

En tales condiciones, no existen razones derivadas del principio de división de poderes para que un órgano judicial permanente como lo es el TSJ no pueda asumir estas competencias.

Merece alguna consideración especial la preocupación del legislador por encomendar la aplicación del régimen disciplinario a una autoridad judicial y al colegio profesional respectivo, organizado como persona no estatal de derecho público. Concebido como un servicio público encargado de dar fe de ciertos actos cuya trascendencia lo requiere, el legislador ha buscado resguardar a los notarios, a quienes la sociedad confía dicho servicio, de ser disciplinados por el órgano político o sus dependientes. Presumiblemente, la razón es que, en ejercicio de su ministerio, el notario debe asumir plena responsabilidad de los actos que autoriza. Esa responsabilidad está diseñada de manera de resguardarla de influencias políticas. En armonía con lo cual, el régimen

disciplinario, aun cuando no está concebido como un ordenamiento penal, tampoco lo está como un mecanismo de conducción a la manera de los que pesan sobre los agentes de la administración pública ni tampoco como una facultad de conducción de las que pueden aparecer en contratos administrativos, supuestos ambos distintos pero que tienen en común la circunstancia de que sirven para inducir tanto al agente como al contratante a cumplir los objetivos que, en cada caso, fija la administración, siempre dentro de los que mandan la Constitución y la ley. En el caso de los notarios, la administración no tiene razón alguna para fijarles objetivos. Esos objetivos centrales no son sino dar fe pública de los actos que autorizan. Quizás justificaría una gestión más política la necesidad de asegurar que el servicio llegue en todo tiempo y a todos, pero esto bien puede ser concretado por otros medios, a criterio del legislador.

Ello no significa que no sea conducente un régimen disciplinario, sino que éste busca inducir al objetivo cumplimiento de la ley antes bien que al de órdenes legítimamente emanadas de la administración. En armonía con lo cual, la aplicación de dicho régimen está encomendada, en los casos menores, a los pares elegidos mediante las reglas democráticas de la institución civil fundada el 7 de abril de 1866, a la que la ley 12.990 encomendó originariamente la dirección y vigilancia del notariado, y en los mayores, directamente a un órgano judicial específico compuesto por tres jueces de cámara o momentáneamente al TSJ. Indudablemente, es ésta una garantía para los escribanos.

Asimismo, puesta la competencia a cargo del TSJ como lo establece el art. 172 de la ley 404, no cabe que sus actos sean revisados por ninguna instancia administrativa ni judicial de la Ciudad. En el primer supuesto —revisión por órganos administrativos—, porque ello infringiría la división de poderes; en el segundo, porque supone poner a otro órgano por sobre el TSJ, medida incompatible con el diseño constitucional, aun cuando ese órgano sea judicial (arg. arts. 107, 109, 113 y conc., CCBA). Este sometimiento sería intolerable, aun cuando fuera adoptado con carácter provisorio. No me incumbe analizar aquí la naturaleza de las restantes funciones asignadas al TS, puesto que el desarrollo de los agravios se detiene en las referidas a la materia disciplinaria, que fueron aquí examinadas. Igualmente, la conclusión a que se arribare en el supuesto de tratar dicha cuestión no alteraría lo que aquí se expone acerca de la función disciplinaria a cargo del TSJ.

Todo lo expuesto hasta ahora muestra que la función ha sido diseñada necesariamente como judicial, puesto que, de lo contrario, habría que suponer que el legislador atribuyó una competencia de naturaleza administrativa a un órgano judicial como lo es el Tribunal Superior de Justicia. Admito que el precedente publicado en *Fallos*, 327:3626 admite una lectura discrepante con lo aquí opinado. Empero, se trata de una decisión en materia de competencia, en una situación en que la sentencia impugnada no se estimó definitiva. En tales condiciones, creo que lo señalado por la Corte debe ser limitado a la

cuestión decidida y, en todo caso, lo que aquí señalo contiene consideraciones que no han sido materia de tratamiento en dicho precedente.

3.7. Superado lo anterior, corresponde continuar con el análisis del agravio del actor, y establecer si, tal como alega, el art. 113, inc. 3° limita la posibilidad del legislador local de ampliar la competencia apelada del TSJ. Es dable destacar que el agravio del actor se ha limitado a la impugnación de la actuación del TSJ como revisor de las medidas disciplinarias impuestas por el Colegio de Escribanos (conf. art. 142, ley 404), mas no se ha referido a la actuación instancia originaria del TSJ a tales efectos (conf. art. 143, ley 404). En este sentido, si bien el actor funda su agravio en la jurisprudencia según la cual está vedado al legislador ampliar la competencia originaria del TSJ, tal como fuera expuesto en el punto 2.a de este voto, lo hace al sólo efecto aplicar dicha doctrina a la jurisdicción apelada del TSJ *mutatis mutandis*, y concluir que tampoco ella puede ser extendida legislativamente.

Dicha doctrina tiene origen en el célebre precedente estadounidense “*Marbury v. Madison*”. Empero, las razones que sostienen la doctrina de “*Marbury v. Madison*” no apoyarían similar solución para el TSJ, “*Marbury v. Madison*” no finca en una noción conceptual relativa a la cabeza del Poder Judicial sino en las palabras inequívocas del art. III de la Constitución de los EE.UU., recogidas por entero en el 117, C.N. En los supuestos en que corresponde la jurisdicción originaria —siempre *ratione personae*— dice el art. 117 que la CSJN “...la ejercerá originaria y exclusivamente”, mientras que en los demás casos del art. 116 lo hará “...por apelación” [Nota: Por cierto, ello según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso...]. Es así que el Congreso puede excluir asuntos federales *ratione materiae*, es decir, asuntos del art. 116 de la revisión de la CSJN, al menos mientras algún tribunal federal los atienda].

En cambio, el art. 113, CCBA se limita a establecer que “es competencia del Tribunal Superior de Justicia, conocer: [...]”. No dice que la enumeración sea taxativa o que la Legislatura no pueda reducirla o ampliarla, sin que quepa distinguir a este respecto entre apelada y originaria, como lo hace la C.N. Sin embargo, es obvio que la Legislatura no puede reducirla, pues hacerlo supondría modificar la CCBA. En cambio, el juego de los arts. 80, 81 y 106 funda suficientemente el criterio según el cual podría ampliarla llevándole otros asuntos propios de la justicia local. Ello así, porque con arreglo al art. 106 “...Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas...”, y el art. 107 enuncia que “El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público”; a partir de lo cual puede la Legislatura aplicar los poderes que los arts. 80 y 81 le acuerdan para organizar la justicia atribuyendo los asuntos según estime conveniente al TSJ o a jueces inferiores. Ello es así, toda vez que no hay

norma alguna que vede ampliar la jurisdicción originaria o la apelada del máximo tribunal. Sin embargo, sería inconstitucional una distribución de los asuntos que, por saturación de un tribunal, llevara a la denegación de justicia. Esto, que vale para cualquiera de ellos, tiene en el caso del TSJ una particular nota: no puede por este medio ver dificultado o impedido el ejercicio de la jurisdicción que le acuerda el art. 113. En resumen, es posible la asignación de competencias no previstas en el art. 113 en tanto no distorsione el normal desempeño del TSJ. La CSJN declaró inconstitucional, sobre la base de la saturación, el recurso ordinario en materia de jubilaciones —*in re* “Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/reajustes varios”, sentencia del 29/3/2005—. Es interesante el matiz: la Corte no dijo que dificultara su jurisdicción originaria, única fijada por la C.N., sino genéricamente sus tareas, provenientes de la ley, es decir, que eligió entre sus tareas la de menor importancia, y la suprimió para atender las restantes.

En definitiva, para juzgar la constitucionalidad de una ley que atribuye al TSJ competencias que no están expresamente contempladas en el art. 113, CCBA hay que tener en consideración las dos premisas que, con todo acierto y elegante nitidez, destaca el punto 2 del voto de mi colega, la Dra. Ana María Conde, que motiva este agregado. El art. 113 es parte de una obra integral, la CCBA, y no constituye una acumulación de competencias residuales sino un conjunto de facultades delicadamente articuladas, cuya sumatoria posibilita llenar lo que mi colega identifica como “el sensible rol institucional del TSJ”. Percibida esta función por el legislador, dentro del ámbito amplio de discrecionalidad que le compete por la representación popular que le incumbe, queda aplicada válidamente a la misión que el art. 6° consagra como propósito compartido de todos los órganos que crea la CCBA. En estas condiciones, lejos de desvirtuar el art. 113, CCBA, el art. 172 de la ley 404, por las razones apuntadas arriba, constituye una solución armónica con el diseño institucional que el constituyente tuvo en mira al redactar los incisos del referido art. 113.

No ignoro que este Tribunal, antes de mi incorporación, ha vertido opinión al respecto —*in re* “Perrone, Héctor A.” ya citado—. Empero, el contexto completo del pronunciamiento permite interpretar la concepción adoptada en el sentido de que el art. 113 limita severamente al legislador la posibilidad de extender las competencias del TSJ, idea directamente vinculada con la de no desnaturalizar sus funciones mediante la acumulación de tareas excesivas o de asuntos que razonablemente justifican tratamiento en las instancias inferiores. En este orden de ideas, me parece oportuno señalar que similares razones a las que justifican separar a los órganos que sancionan la regla general de los que la aplican a casos particulares, hacen aconsejable que quienes sientan la interpretación final de esas reglas generales estén apartados de establecer por sí los hechos a los cuales se aplica, aspirando a que dicha interpretación sea tan general como lo es la regla y no un boleto para un solo viaje como

señalaron los ministros Petracchi y Bossert en *Fallos*, 315:2074 por remisión al voto del Justice Roberts *in re* “Smith v. Allwright Election Judge *et al.*” (321 US 649, 669) [*Nota*: En verdad, citan el voto emitido *in re* “Grovey v. Townsend” (295 US 45), pero, por el tomo y página de la referencia se refieren a la causa Smith mencionada, la cual a su turno se refería a Grovey]. Esta concepción explica por qué los jueces de mérito son, como principio, distintos de aquellos que sientan la interpretación última de las reglas. En síntesis, el TSJ sentó la doctrina según la cual el principio es el de no extender su jurisdicción por vía legislativa a menos que circunstancias especiales lo justificaren. En el caso que nos ocupa, esas circunstancias están ligadas al carácter provisorio de la solución y a la restitución de competencias y servicios a la Ciudad que impone el cumplimiento del art. 129, CCBA en razón de las facultades jurisdiccionales *propias* que reconoce al pueblo de Buenos Aires. El Tribunal de Superintendencia de la ley 404 está organizado, al igual que lo estaba en el régimen que lo precedió, depositando la competencia que asigna en jueces con especialización en materia civil. Es decir, el legislador estimó que ésta era la más adecuada a la actividad de los escribanos y, por ello, al tipo de situación acerca de la cual tocaría expedirse a dicho cuerpo judicial. Por ahora, la Ciudad carece de esta especialización en el ámbito de la justicia de mérito. El TSJ, en cambio, tendrá competencia para expedirse en esas materias, por aplicación de la CCBA y de su reglamentación contenida en la ley 402. De manera que lo que ha dispuesto el legislador es poner directamente la competencia en la sede más cercana *ratione materiae* a la especialización del anunciado órgano judicial en cuya órbita decidió ponerlas con carácter permanente. Por todo ello, pienso que el punto debe ser analizado a la luz de las diversas consideraciones a las que me referí aquí.

IV. Agravio relativo a la violación del derecho al recurso en el proceso disciplinario notarial

4.1 Finalmente, cabe tratar el planteo según el cual el sistema de enjuiciamiento previsto en la ley 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia contenido en el art. 8º, inc. 2.h, PSJCR.

A este respecto, cabe destacar que la disposición internacional invocada por el recurrente carece de relación directa con el agravio esgrimido toda vez que ampara a “toda persona inculpada de *delito*”, supuesto no contenido en las sanciones previstas en la ley 404. Esta conclusión se condice con lo expresado en el consid. 3 de mi voto *in re* “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, Cód. Contrav. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 3910, sentencia del 5/8/2005). Si bien en dicho precedente expresé que el art. 8º, inc. 2.h, PSJCR no era aplicable a supuestos de responsabilidad contravencional, sus razones resultan aplicables *mutatis mutandis*, y probablemente con más fuerza aún, a un supuesto de responsabilidad disciplinaria como el de autos.

Asimismo, resulta aplicable en autos la doctrina de la CSJN según al cual “los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existentes entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal” (*Fallos*, 310:316, entre muchos otros).

Anticipándose a esta objeción, el actor cita un precedente en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “a pesar de que el citado artículo [8.1] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” —caso “Tribunal Constitucional”, resolución del 31/1/2001, consid. 70.

A este respecto, se destaca en primer término que la frase citada no tiene la fuerza que pretende atribuirle el actor, toda vez que reconoce “el derecho, *en general*, al debido proceso que se aplica en materia penal”, giro que sólo se explica si la frase no involucra a la totalidad de las garantías relacionadas con el debido proceso. A este respecto, el actor no da razones que incluyan el derecho al recurso, dentro del grupo de derechos reconocidos por la CIDH para los procesos no penales. En este orden de ideas, nótese que en dicho caso, ni tampoco en sus antecedentes, se utilizó dicho argumento para extender el derecho al recurso a procesos no penales—como aquí pretende el actor—, sino que se hizo para establecer la existencia de garantías tales como derecho a ser oído o juez imparcial, aplicables a cualquier proceso, aun de instancia única. Avala esta interpretación, el hecho de que este precedente, en el punto citado, tiene origen en la Opinión Consultiva 11/90 [*Nota*: 28. En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el art. 8º no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso], redactada en términos mucho más categóricos que los aquí expuestos. En efecto, en dicha Opinión Consultiva, la CIDH había sostenido sin más, aun en los procedimientos no penales, que “el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal” —nótese que no se utilizó el giro “en general”, presente en el precedente dictado con posterioridad—. La diferencia entre una y otra deli-

mitación cobra un alcance específico morigerador frente a la originalmente contenida en el texto al que la CIDH debía dar respuesta, alcance que, todo hace presumir, no fue ajeno a la intención de los jueces. Consecuentemente, su efecto es no extender a los procesos no penales, la totalidad de las garantías previstas para el ámbito penal, sin perjuicio de que rigen en aquellos un conjunto básico cuya inobservancia impide concebir un proceso como judicial. El lenguaje del art. 8° de la CADH es claro en limitar el derecho al recurso a las condenas por delito.

Asimismo, el actor afirma que en diversos precedentes la CEDH habría sostenido que las garantías previstas para acusaciones “criminales” son aplicables aun cuando la legislación interna de un Estado califique la conducta prohibida como “infraccional” o “disciplinaria” (véase fs. 43). No obstante, ninguno de dichos precedentes son aplicables a supuestos de derecho disciplinario que afectan a una clase selecta de personas que gozan de un estatus particular al que se sometieron de modo voluntario, como incuestionablemente son los escribanos —a ello me refiero nuevamente más adelante—. En rigor, todos se refieren a supuestos de responsabilidad infraccional o contravencional, salvo “*Engel and others v. The Netherlands*” (8/6/1976), que, si bien gira en torno a la aplicación de una sanción disciplinaria, no presenta un supuesto de sujeción voluntaria, sino forzosa, por tratarse de sanciones aplicadas a conscriptos. Finalmente, ninguno de dichos precedentes estudia la aplicación del derecho al recurso, y, en rigor, tampoco podrían hacerlo, toda vez que el actor soslaya una circunstancia que, a mi juicio, resulta dirimente a la hora de asignar valor como guía a estos precedentes en el caso que nos ocupa. Me refiero a la circunstancia de que la Convención Europea de Derechos Humanos expresamente prevé que la aplicación del derecho al recurso puede ser exceptuada en caso de delitos menores, así como en los casos de instancia originaria del máximo tribunal local (Protocolo n° 7, art. 2°, inc. 3°).

4.2. Como corolario, muestra que varias de las sanciones disciplinarias previstas en la 404 son equivalentes a muchas sanciones penales (p. ej., multas); por ello, sostiene que sería contrario al 16, C.N. discriminar a efectos de la aplicación de la garantía, entre quienes son multados en el marco de un proceso disciplinario, y quienes lo son en el marco de un proceso penal. Finalmente, sostiene que “delito” en el sentido de la convención es toda aquella conducta prohibida bajo apercibimiento de afectar un derecho del infractor.

El régimen disciplinario que pesa sobre los escribanos no es confundible con la legislación penal. Ciertamente es que en el supuesto de la sanción prevista en el art. 149 inc. b) —multa de 50 a 2.000 pesos— puede darse una sanción de especie similar a muchas de las previstas en el Código Penal. Sin embargo la multa aparece, al igual que el apercibimiento, en el art. 151 como una respuesta en conductas leves, y en muchos casos a actitudes que perturban la buena marcha de los procesos ante los órganos que establece la ley 404. Las

sanciones centrales están directamente vinculadas con el mantenimiento de la potestad del escribano como titular o adscripto a un registro. Esto son las suspensiones por dos años y la destitución del cargo.

En tales condiciones, queda a todas luces evidenciado que el régimen es un sistema organizado para respaldar el cumplimiento de las diversas obligaciones que pesan sobre quienes asumen como escribanos de registro, titulares o adscriptos, y la principal consecuencia jurídica de su aplicación es la de extensión del vínculo que permite a la persona de que se trate ejercer la función notarial. Ello es típico de un régimen de sujeción especial, en que las personas entran por voluntario sometimiento a fin de acceder a lo que estiman beneficios propios de la función que el sistema respalda. Supuestos típicos de ello son los del empleo público, la carrera militar, regímenes de licencias tales como las que se otorga para transmitir ondas radiales o televisivas u operar como entidad financiera.

En todos los casos media un acto de voluntad de quien se pone en riesgo de ser sancionado. Un acto de voluntad sería absolutamente inexplicable en el supuesto de sometimiento al Código Penal, que pesa sobre todos los individuos que se ponen dentro de ámbito espacial de un Estado con competencias de esta especie. Pero, lo es en cambio, dentro de ciertos límites, cuando se trata de un sistema de sanciones que tiende a resguardar un régimen específico de subordinación fundado en el voluntario sometimiento, y excepcionalmente en la legítima imposición de cargas públicas. No son, en esos aspectos, aplicables por sí las garantías propias del ámbito penal. Para redondear el análisis, es del caso señalar que no existe ninguna sanción privativa de la libertad o una que, aun de naturaleza plenamente patrimonial, tuviera un rigor injustificado a la luz de los objetivos que legítimamente puede perseguir un régimen disciplinario de esta naturaleza.

V. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada por la Asociación de Derechos Civiles.

El juez José O. CASÁS dijo:

I. Las impugnaciones constitucionales

I. Dos son los planteos incoados por la Asociación por los Derechos Civiles en su acción declarativa de inconstitucionalidad. En primer término, impugna la validez constitucional del art. 8º, inc. a), de la ley 404 (Orgánica del Notariado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y del art. 2º, inc. a), de su dec. regl. 1624/2000, que establecen como requisito para la inscripción en la matrícula profesional respectiva que el escribano sea nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización. Funda su articulación en los arts. 16 y 20, C.N., el art. 11, CCBA, y en lo previsto por los arts. 1.1 de la CADH y 26 del PIDCP (fs. 22 y vta.). En segundo lugar, esgrime una articulación de inconstitucionalidad contra los arts. 117, 120, incs. a) y b), 153 y

172 de la citada Ley Órgánica del Notariado en tanto: le confiere a este *Tribunal Superior de Justicia* facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, argumentando que, por tal conducto, *se exceden los límites de la competencia apelada del Tribunal* a tenor del art. 113, inc. 3º, CCBA; el control judicial previsto no sería suficiente, y el sistema de enjuiciamiento no resultaría compatible con el *derecho a la doble instancia judicial* contemplado en el art. 8º.2 h) de la Convención Americana de Derecho Humanos.

II. La actuación del escribano de registro como funcionario público

2. Para introducir al tratamiento de ambas impugnaciones constitucionales, según mi parecer, se torna imprescindible realizar una *caracterización jurídica adecuada de la actividad profesional que despliegan los escribanos de registro*. A tal fin, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en la legislación de fondo: *Código Civil* (Libro Segundo: “De los derechos personales en las relaciones civiles”, Sección Segunda: “De los Hechos y Actos Jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”, arts. 995 siguientes, concordantes y complementarios) y en la legislación local específica: ley 404 con las modificaciones de las leyes 501, 1221, 1339, 1541, como del dec. regl. 1624/00.

Se advierte así que, conforme al art. 997 del Cód. Civil: *Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones...* lo que cobra particular significado a tenor de las prescripciones estrictas en cuanto a tal formalidad que se enuncian en el art. 1184 de igual ordenamiento de fondo donde se prescribe: *Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: //1º. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; 2º. Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediere convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión; 3º. Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones; 4º. Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote; 5º. Toda constitución de renta vitalicia; 6º. La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios; 7º. Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8º. Las transacciones sobre bienes inmuebles; 9º. La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública; 10. Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; 11. Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.*

Cabe acotar que la enunciación transcrita no agota otra larga lista de supuestos que requieren como forma instrumental el instrumento público o la

escritura pública (v. gr., *art. 165 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales* en lo relativo a la constitución de sociedades anónimas).

Por la intervención notarial se propende afianzar la *seguridad jurídica*, valor esencial de todo ordenamiento, en tanto las escrituras públicas hacen plena fe, no sólo entre las partes sino contra terceros, en las condiciones y con el alcance que determina el Código de fondo. En orden a tal principio, Luis Recasens Siches pudo, en su hora, sostener: “*Sin seguridad no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase*. Es verdad que, además, el derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay derecho de ninguna clase. *La injusticia se opone a la justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico*” [Nota: RECASENS SICHES, Luis: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, capítulo ocho: “Las funciones del derecho en la vida social”, parág. 1: “La función de certeza y seguridad y la función de cambio progresivo”, Porrúa, México, 1959, pp. 220 y ss., en particular p. 224] (el énfasis ha sido añadido).

En consonancia con tales ideas, en forma explícita, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado el valor del apuntado principio, asignándole jerarquía constitucional, pudiendo consultarse en tal sentido, entre otras, las siguientes causas: “Flora C. Villate de Anchorena v. Nación Argentina” (*Fallos*, 220:5), sentencia del 4/6/1951; “S. R. L. Penta” (*Fallos*, 242:401), sentencia del 19/7/1958; “Italo Juan Ottolagrano v. Arturo Verardi” (*Fallos*, 243:465), sentencia del 15/5/1959; “Abel Estévez v. S.R.L. Refinerías de Maíz” (*Fallos*, 251:78), sentencia del 16/10/1961; “José Iglesias y Otros v. S. A. Intela” (*Fallos*, 253:47), sentencia del 11/6/1962; “Luis Alfonso Ravaschino y Otros v. S. A. Banco de Avellaneda” (*Fallos*, 254:62), sentencia del 15/10/1962; “Leda Diana Tidone v. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón” (*Fallos*, 316:3231), sentencia del 22/12/1993; “Alberto Jawetz” (*Fallos*, 317:218), sentencia del 24/3/1994; y, “Autolatina Argentina S.A. (T.F. 12.463-I) v. Dirección General Impositiva” (*Fallos*, 319:3208), sentencia del 27/12/1996.

A su vez, desde la alta cátedra del magisterio pontificio se ha señalado: “Del ordenamiento jurídico querido por Dios deriva el inalienable derecho del hombre a la seguridad jurídica y, con ello, a una esfera concreta de derecho, protegida contra todo ataque arbitrario” [Nota: Radiomensaje navideño de 1942 de S.S. Pío XII: AAS 35 (1943) 21; y Carta Encíclica: *Pacem in Terris*, punto 27, dada por S.S. Juan XXIII, en la Ciudad de Roma el 11 de abril de 1963, en *Once Grandes Mensajes*, p. 217, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993].

3. Ahora bien, los *recaudos esenciales para el acceso a la función notarial* —matriculación— y a la titularidad o adscripción a un registro de contra-

tos públicos demanda, a tenor del art. 8° de la ley 404, diversos requisitos, a saber: a) *Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización.* //b) *Tener título de abogado expedido o revalidado por universidad nacional o legalmente habilitada. Podrá admitirse otro título expedido en igual forma siempre que su currículum abarque la totalidad de las materias y disciplinas análogas a las que se cursen en la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Buenos Aires.* //c) *Acreditar, al momento de la matriculación, buena conducta, antecedentes y moralidad intachables.* //d) ...

De lo puntualizado en el párrafo anterior resulta que es menester poseer título de abogado, *sin que la expedición del mismo por parte de las universidades habilitadas al efecto convierta en notario de registro al graduado, como tampoco lo convierte en funcionario judicial o juez.* Es que, justamente, a estos fines, es menester que se produzca el acto de *investidura notarial* para el cual juegan los requisitos contemplados en el art. 13 de la ley 404, a lo que cabe añadir que satisfechos tales extremos: *Compete al Poder Ejecutivo la creación o cancelación de los registros y la designación o remoción de sus titulares y adscriptos en el modo y forma establecidos en esta ley...* (del art. 31 de igual ordenamiento), por cuanto: *Los registros y protocolos notariales son de propiedad del Estado* (del art. 32); *quien fija su número*, en relación con el de habitantes, con el tráfico escriturario y con la *incidencia que el movimiento económico de la población tenga en la actividad notarial* (del art. 33), pero siendo de suyo que: *En todos los casos compete al Poder Ejecutivo la designación del titular de cada registro. La nominación recaerá en el ganador del concurso de oposición y antecedentes que se efectuará en cada caso y cuyo resultado será comunicado por el Colegio de Escribanos al Poder Ejecutivo* (del art. 34).

Queda palmariamente evidenciado que en *el sistema de notariado de número*, al que adscribe el modelo conocido como *de notariado latino* y que recoge nuestra ley 404: a) existe un *número clausus de registros notariales*, creados por el Estado; b) es él quien conserva la propiedad sobre ellos, y c) pueden acceder a los mismos, mediante el acto de investidura que realice el Estado local, aquellos que dando satisfacción al requisito de *idoneidad* (véase art. 16, C.N.) han sido seleccionados mediante los severos mecanismos contemplados en la ley. De tal modo, se produce una *delegación transestructural* —entendida ésta como el desplazamiento fuera del ámbito burocrático del Estado y de los agentes estipendiarios que revistan en la Administración central o descentralizada— del cometido fedatario propio de los oficiales públicos en general y de los escribanos públicos en particular.

Adviértase, por lo demás, que sólo concibiendo *la actividad de los escribanos de registro* como una *función pública* pueden explicarse las *estrictas incompatibilidades* de que da cuenta el art. 17 de la *Ley Orgánica del Notariado*, que se asemejan en mucho a las que se aplican a magistrados y funcionarios del Poder Judicial. Dicho precepto dispone: *El ejercicio de la*

función notarial es incompatible con: a) El desempeño de cualquier empleo, cargo judicial, función militar o eclesiástica y toda otra actividad, pública o privada, que pudiere afectar la imparcialidad del escribano o la adecuada atención de sus tareas. //b) El ejercicio de cualquier profesión liberal en la República o fuera de ella, salvo para quienes tengan el título de abogado en cuanto a la actividad forense en causa propia o el patrocinio o representación en juicio de su cónyuge, padres o hijos. No se consideran ejercicio de la abogacía ni de la procuración, las gestiones judiciales o administrativas de carácter registral o tributario, ni las tendientes a suplir omisiones de las partes en procesos en que hubieren sido designados para autorizar escrituras o realizar tareas de “oficial de justicia ad hoc”, en tanto fueren conducentes para el cumplimiento de su cometido. //c) El ejercicio del comercio por cuenta propia o ajena. //d) El ejercicio de funciones o empleos compatibles, si su desempeño obligare a residir permanentemente más allá del territorio admitido para establecer su domicilio real.

Concurren a facilitar la caracterización de *función pública* que proponemos respecto del notariado los *deberes* que la ley prescribe atinentes a los escribanos de registro. Así, por el art. 29 de la ley 404, se ordena: *Además de lo establecido por esta ley, su reglamentación y toda otra disposición emanada de los poderes públicos o del Colegio de Escribanos, atinentes al ejercicio de la función notarial, son deberes de los escribanos de registro: //a) Concurrir asiduamente a su oficina y no ausentarse del lugar de su domicilio por más de ocho días hábiles sin autorización del Colegio. En caso de enfermedad, ausencia o impedimento transitorio, el escribano titular podrá proponer al Tribunal de Superintendencia el nombramiento de un interino, para una sola oportunidad; o bien hasta tres escribanos, para actuar como subrogantes en todos los casos, previa notificación al Colegio del cese transitorio de su actividad y del de sus adscriptos, si los tuviere, el lapso por el que se producirá el reemplazo y el escribano que en esa oportunidad actuará interinamente. También podrá proponer la designación de interino el adscripto, subrogante o interino que estuviere a cargo del registro, según el caso, si fueren autorizados por el titular, en caso de enfermedad, ausencia o impedimento transitorio de todos ellos. En todos los casos los reemplazantes deberán ser escribanos de registro. //b) Prestar sus servicios toda vez que se le solicite, dentro de los límites de su competencia, salvo que se encontrare impedido por otras obligaciones profesionales de igual o mayor urgencia o cuando el acto para el cual hubiere sido requerido fuere contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres o su intervención fuere excusable conforme a las disposiciones de la reglamentación de esta ley. Esta obligación rige plenamente en los casos de integración de cualquiera de las listas mencionadas en el artículo precedente, incluso en cuanto atañe a la aceptación del cargo, retiro de la documentación correspondiente a los asuntos encomendados y el cumplimiento de la prestación de que se tratare. //c) Observar las*

formalidades instituidas por la legislación vigente, incluso las resoluciones dictadas por el Colegio tendientes a unificar los procedimientos notariales, para la formación y validez de los documentos que autorice y sus reproducciones. //d) Ajustar su actuación, en los asuntos que se le encomienden, a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del acto o negocio a formalizar y la capacidad de obrar de las personas intervinientes, así como la legitimidad de las representaciones y habilitaciones invocadas, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes. //e) Notificar el contenido de los actos instrumentados, cuando esta diligencia fuere impuesta por aceptación del requerimiento de la parte interesada en tal sentido, por precepto legal o por la propia naturaleza del acto, excepto que las partes expresamente tomen a su cargo tal obligación. //f) Conservar y custodiar en perfecto estado los documentos que autorice así como los protocolos respectivos mientras se hallen en su poder, los que deberá entregar al Archivo dentro de los plazos que el Colegio fijare. //g) Expedir a las partes interesadas copias, certificados y extractos de las escrituras otorgadas en el registro a su cargo o traslados de la documentación a él agregada. //h) Remitir al Registro de Actos de Última Voluntad la minuta correspondiente, conforme dispone la reglamentación respectiva. //i) Presentar para su inscripción en los registros públicos las copias de las escrituras que requieren dicha formalidad dentro de los plazos legales y, a falta de éstos, dentro de los 60 días de su otorgamiento, salvo expresa exoneración por los interesados. //j) Guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo sólo en los casos previstos en el art. 73. El escribano tendrá derecho a adoptar las providencias que juzgue pertinentes para que la exhibición no resulte incompatible con su finalidad ni afecte a sus deberes funcionales o a las garantías de reserva que merecen los interesados. //k) Llevar por el sistema de libros o de fichero, o cualquier otro que apruebe el Colegio, un índice general con expresión de apellido y nombre de las partes intervinientes, el objeto del acto, fecha y folio de todos los documentos matrices autorizados en el registro a su cargo. //l) Facilitar la inspección del protocolo a los inspectores del Colegio, a sus autoridades o a las personas que éstas expresamente designaren. //m) Abonar las contribuciones, cuotas y derechos legalmente establecidos. //n) Cumplir las normas de ética establecidas por el Colegio. //o) Desempeñar los cargos para los que fueren designados, salvo casos de impedimento aceptados por el Consejo Directivo. //p) Mantener secreto profesional sobre los actos en que intervenga en ejercicio de sus funciones y exigir igual conducta a sus colaboradores. //q) Comunicar al Colegio toda acción judicial o administrativa que se le iniciare con motivo del ejercicio de la función notarial. //r) Cumplir los requisitos de actualización permanente previstos en el art. 39.

De los deberes antedichos, resulta palmariamente manifiesto que los consignados en punto a: concurrir asiduamente a su oficina (inc. a), prestar

los servicios cada vez que se lo soliciten (inc. b), conservar y custodiar en perfecto estado los documentos que autorice como así los protocolos respectivos (inc. f), guardar estricta reserva del protocolo y de exhibirlo sólo en los casos autorizados por ley (inc. j), llevar índice general por el sistema de libros o ficheros de todos los documentos matrices autorizados (inc. k), cumplir los cargos para los que fuere designado salvo casos de impedimento aceptados por el Consejo Directivo (inc. o) y comunicar al Colegio toda acción administrativa o judicial que se le inicie (inc. q), conducen a descartar que la actuación de los escribanos de registro pueda ser concebida como el simple ejercicio de una profesión liberal.

También se suma a ellos, el previsto en el art. 24 de la ley de la materia, que dispone que los escribanos de registro, además de *fixar su domicilio profesional en la Ciudad de Buenos Aires, podrán residir en un sitio que se encuentre a no más de 100 kilómetros de distancia de la sede del registro a su cargo, con conocimiento del Tribunal de Superintendencia y del Colegio de Escribanos*, lo que les veda residir más allá del límite establecido y consagra la obligación de comunicar el lugar de residencia cuando éste se halle fuera del ámbito de esta Ciudad.

Además de lo hasta lo aquí señalado, y también ciñéndome a la letra estricta de la ley, forman convicción sobre la naturaleza de la función notarial las estipulaciones restrictivas de la Ley Orgánica del Notariado que introducen a las *condiciones que deberán reunir los despachos u oficinas* en los que tendrán asiento las notarías. Allí se consigna: art. 53: Los escribanos titulares de registro, *antes de tomar posesión de sus cargos, deberán comunicar al Colegio el domicilio en que instalarán su notaría u oficina, a efectos de lograr la habilitación correspondiente, que éste acordará cuando el lugar y ámbito elegidos reúnan las condiciones mínimas de seguridad y decoro, de conformidad con las normas que al respecto dictare.* //art. 54: *En ningún caso se admitirá que un escribano titular de registro tenga más de un domicilio profesional. Se considera domicilio único el caso de unidades que formen parte del mismo edificio o que sean fincas o unidades linderas entre sí. Los escribanos adscriptos deberán compartir la oficina de sus titulares. En un mismo local podrán funcionar dos o más notarías.*

Finalizando esta reseña de la ley 404, valga agregar que en sus arts. 158 y ss., se contempla la creación de un *Fondo Fiduciario de Garantía* constituido por el aporte de los escribanos de registro titulares, adscriptos, subrogantes, interinos y autorizados, que será administrado por el Colegio de Escribanos y dispuesto *para atender en forma subsidiaria*, después de haberse hecho exclusión de los bienes del deudor principal, y de pagada la indemnización del seguro de responsabilidad, si las hubiere, *por los daños y perjuicios causados con motivo de los actos realizados en el ejercicio de la función notarial, bajo ciertas condiciones, o por incumplimiento de los deberes fiscales* en los casos en que actúen como agentes de retención. Todo esto se ve facilitado al ha-

llarnos en presencia de una función pública y al instituirse el Colegio de Escribanos —ente público no estatal— en el administrador del Fondo Fiduciario a quien ha habilitado el Estado local, transestructuralmente, para gobernar y ejercer el poder de policía sobre un cometido profesional que importa la función pública de conferir autenticidad a actos y negocios jurídicos que así lo requieren.

También abonan la caracterización que aquí se realiza del quehacer notarial como función pública, los usos y costumbres que rodean el comportamiento cotidiano de los escribanos de registro, aún en actos menores, pero de indiscutible valor simbólico, ello sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 17 del Cód. Civil, pues este razonamiento se realiza con fuerte sustento legal y a mayor abundamiento. Así, a modo de ejemplo, las carátulas que imprimen los escribanos para entregar las copias o testimonios de las escrituras otorgadas —v. gr. títulos de propiedad de inmuebles, testamentos, constitución de sociedades, poderes, emancipaciones de menores por habilitación de edad, etc.—, se hallan, de ordinario, presididas por el símbolo nacional del *Escudo* y recién a continuación se consigna el número de Registro de Contratos Públicos, los nombres y apellidos de los notarios que en él se desempeñan y/u otras referencias profesionales, tales como la sede, teléfonos y dirección de correo electrónico.

4. Dejando atrás las transcripciones, matizaciones y comentarios sobre la ley que reglamenta con el desenvolvimiento de la función pública profesional que aquí interesa —algunas de cuyas normas han sido tachadas de inconstitucionalidad en esta causa—, adquiere significativa trascendencia la definición dada por el *Primer Congreso Internacional del Notariado (1948)* respecto al quinto punto del temario, donde se dejó sentado: *Que el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido.//En su función, está comprendida la autenticación de hechos* [Nota: Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948), t. I: “Congreso”, p. 184, Edición del Colegio de Escribanos, Buenos Aires, 1948], lo que fue reiterado, una y otra vez, a lo largo de prácticamente seis décadas, quedando recogido en la enunciación de los principios que constituyen la esencia de nuestro modelo notarial, según formal declaración de la *Unión Internacional del Notariado Latino* [Nota: La Unión Internacional del Notariado fue fundada en Buenos Aires el 2 de octubre de 1948, con la concurrencia de representantes de notarios de diecinueve países], aprobada en la *Asamblea General* por los representantes de los numerosos países miembros [Nota: Hoy, integran la Unión las entidades que nuclea al notariado en las siguientes naciones: Europa (34): Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica,

Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Londres, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Macedonia (Fyrom), Republica San Marino, Rumania, Rusia, Suiza, Turquía, Vaticano; América (23): Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Luisiana (USA), México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Venezuela; África (15): Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Malí, Marruecos, Níger, Senegal, Togo; Asia (3): China (República Popular), Indonesia, Japón], en Roma, República de Italia, en *noviembre de 2005*. Allí, en el título I: *Del Notariado y de la Función Notarial*, se establecieron las siguientes notas basilaes: 1. *El notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.* //2. *La función notarial es una función pública, por lo que el notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado.* //3. *La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia* [Nota: http://www.onpi.org.ar/informacion_bases.php4].

5. Vista ahora la cuestión de la naturaleza jurídica de la función notarial desde el ángulo del *derecho judicial* más reciente, sin perjuicio de que la nota del art. 1112 del Cód. Civil la caracterice como la propia de los funcionarios públicos, un pronunciamiento emblemático lo constituye el dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1984, en la causa “Jorge Fernando Vadell v. Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*, 306:2030), en donde se brindan adecuadas precisiones en el sentido de que *el escribano de registro*, si bien es un profesional del derecho que no integra la administración pública, *ejerce una función pública por la investidura que como fedatario le confiere el Estado*.

La doctrina del pronunciamiento, si bien gira en torno a la responsabilidad del Estado por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos ante una fuga de información por parte del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en lo que al notariado en particular interesa, sentó las siguientes premisas: a) si bien no caben dudas de que el escribano, como fedatario, cumple una función pública por la investidura con que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y ss. de la ley 12.990 [Nota: La ley referida, publicada en el *Boletín Oficial de la Nación* el 25/7/1947,

regulaba las funciones del Notariado en la Capital Federal y en los territorios nacionales, disponiendo que todo lo relativo a su aplicación correspondería al Colegio de Escribanos. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quedó sin efecto con la entrada en vigencia de la ley local 404, publicada en el *Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, el 22/7/2000 (conf. su art. 180)], es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio, ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración; *b*) El escribano de registro es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos; *c*) La referencia contenida en la nota al art. 1112 del Cód. Civil que menciona a los escribanos entre los agentes públicos —ubicada en su preciso contexto temporal, por ser anterior a la vigencia de las leyes 1144 y 1983, que distinguen entre la fe pública notarial y la judicial— no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aún en aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios —éstos sí incuestionablemente funcionarios estatales— en el marco de las leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos públicos; *d*) Aún de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990; *e*) El vínculo de la actividad notarial con el Estado dentro de un régimen de concesión no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos.

Iguales premisas se reiteraron por el Tribunal cimero *in re*: “Blanca Teodora Franco v. Provincia de Buenos Aires —Ministerio de Gobierno” (*Fallos*, 325:2968), sentencia del 12/11/2002, causa en la cual, si bien se dejó de lado una norma contenida en la ley 9020 Orgánica del Notariado en la Provincia de Buenos Aires, que contenía una discriminación etaria al limitar el ejercicio de la apuntada profesión al alcanzar los 75 años de edad, reafirmó la doctrina anticipada *in re*: “Vadell”, al señalar en lo que aquí interesa que: *a*) la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su espe-

cial naturaleza, pues *la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado*; b) La concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación de la profesión contiene, en el sentido de que debe revocarse aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo; c) La situación de *los escribanos públicos* es diferente de quienes desempeñan un empleo público, pues si bien *son asimilados a los funcionarios o agentes públicos, en cuanto el Estado les ha delegado el ejercicio de relevantes funciones*, no se encuentran sujetos a las postestades de organización de la administración estatal a que se hallan sometidos aquellos; d) Si bien *no cabe duda de que los escribanos cumplen como fedatarios una función pública*, es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público, pues no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integran, no están sometidos al régimen de subordinación jerárquica que les es propio, ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración.

Cabe enfatizar aquí, que a la luz de los precedentes antes indicados, más allá de que el escribano de registro no sea un funcionario público integrante de la estructura burocrática del Estado, no revista como estipendiario de aquél, ni se encuentre sometido a su poder jerárquico, cumple una función pública —la fedataria— por investidura de la autoridad competente —el Poder Ejecutivo— luego de la acreditación de los extremos que lo habilitan para llenar tal cometido y luego de sorteados los recaudos de selección que la ley establece.

La *función pública*, por lo demás, *no es competencia exclusiva de los funcionarios públicos permanentes y rentados del aparato burocrático estatal*, ya que tal actividad puede ser desplegada por personas de existencia ideal, como ocurre con los *colegios profesionales*, tan arraigados en nuestras tradiciones [Nota: El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires como institución civil fue fundada el 7 de abril de 1886, constituyéndose en un fenómeno pionero en la agremiación de profesionales de nuestro país]. Adviértase al respecto que, en esta jurisdicción, tanto el poder de policía sobre la abogacía, como el gobierno de la matrícula, han sido puestos, por la ley 23.187, en cabeza del *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, alumbrado con sustento en dicha norma, que, como su nombre lo indica reviste el carácter de *ente público no estatal* a partir de la delegación transestructural del control del ejercicio y poder disciplinario sobre la profesión, hasta ese momento a cargo de los distintos tribunales y de la Subsecretaría de Justicia de la Nación (conf. arts. 17 a 19 de la ley antes señalada), ejerciendo por tanto, indiscutibles funciones públicas. La conclusión precedente cabe ex-

tenderla a otros colegios profesionales, como el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Otros ejemplos de funcionarios públicos o de cumplimiento de funciones y/o cargas públicas por parte de quienes no pertenecen a la estructura burocrática del Estado y/o no son estipendiarios del mismo, se comprueban: *a)* en el *Código Nacional Electoral* —dec. 2.135/1983 y sus modificaciones— cuando se alude a las *autoridades de mesa* (arts. 72, siguientes y concordantes); y *b)* en el dec. 2.265/94, modificatorio del dec. 644/89, en lo relativo a los *encargados de los Registros Seccionales* dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la *Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios*, donde se enfatiza que, *si bien son funcionarios públicos dependientes de la apuntada Dirección, tal vínculo no constituye relación de empleo*, estando regido en los aspectos orgánico-funcionales por las reglas de la apuntada norma.

6. En mérito a los fundamentos hasta aquí brindados que se sustentan en el *texto expreso de la ley 404* —Ley Orgánica del Notariado porteño—; en los rasgos que caracterizan la función notarial en cuanto adscribe al modelo del denominado notariado latino y a la jurisprudencia de nuestro Tribunal cimerro, cabe concluir que *indiscutiblemente el notario es titular de una función pública en mérito de un acto de investidura practicado por el Estado, que lo habilita para conferir autenticidad a los actos que autoriza o a las certificaciones que extiende*. Ello así, como ya se ha dicho, quien esté capacitado jurídicamente para acceder a la función notarial en virtud de su acreditación universitaria —poseer título de abogado o grado equivalente— no puede invocar un derecho a ser investido en una función pública esencial como es la de ser magistrado judicial o fedatario, ya que ello dependerá que los demás requisitos que razonablemente establezca la Legislatura para dar satisfacción a la exigencia de idoneidad a que alude el art. 16 de nuestra Carta Magna.

La idoneidad a la que se ha hecho mérito requiere, para algunos, seleccionar aquellos que en el ejercicio de la misión pongan un cuidado exquisito —casi diría veneración—, por el cumplimiento de las disposiciones y formalidades del derecho positivo, por las que, en la calidad de oficiales públicos, aseguran la validez y licitud, y acreditan auténticamente los hechos y actos que forman la trama de la vida [Nota: Las palabras antedichas, con las adaptaciones del caso, han sido recogidas del mensaje de S.S. Paulo VI con motivo de la celebración del VIII Congreso del Notariado Latino, realizado en la ciudad de México en octubre de 1965 y leído en la Catedral de esa ciudad el 3 de octubre de dicho año. El párrafo referido del sumo pontífice literalmente expresa: “El ejercicio de vuestra misión, por otra parte, exige un cuidado exquisito —casi diríamos veneración— por el cumplimiento de las disposiciones y formalidades del derecho positivo, por las que, en vuestra calidad de oficiales públicos, aseguráis la validez y licitud, y acreditáis auténticamente

los hechos y actos que forman la trama de la vida” (Antolín López Peláez, Su Santidad Pío XII y Su Santidad Paulo VI: *El Notariado*, Colegio de Escribanos, Buenos Aires, 1971)].

III. *El requisito de la nacionalidad nativa o por naturalización exigida para los escribanos de registro*

7. A esta altura corresponde determinar, frente a la trascendencia jurídica, social y económica que se ve comprometida en la tarea de dar fe pública a actos y contratos pasados en presencia del notario, si la apuntada función pública esencial —atributo del Estado como poder público que se traslada a determinados profesionales del derecho en un acto formal de selección e investidura— autoriza a la Legislatura a recabar de los aspirantes a escribanos de registro el recaudo de la nacionalidad, natural o por adopción, para conformar en plenitud la idoneidad para el cargo, sobre la base del compromiso que se supone de aquellos que han nacido dentro de sus fronteras o que, respondiendo a la invitación del Preámbulo, han decidido habitar el suelo argentino, comprometiéndose singularmente al recabar su ciudadanía.

En diversas oportunidades tuve que pronunciarme sobre la constitucionalidad de normas que, al regular el ingreso a diferentes actividades, imponían el requisito de nacionalidad argentina. Considero, por tanto, que resulta pertinente realizar una breve referencia de los razonamientos oportunamente vertidos ya que los mismos sirven de cauce para abordar la cuestión planteada en el *sub examine* y vislumbran una continuidad en las ideas que les sirvieron de inspiración.

8. En dos ocasiones y en cumplimiento de roles diversos —Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Ministro de este estrado—, me tocó expedirme sobre la exigencia de la nacionalidad para ingresar a la docencia.

La primera, al dictaminar por el Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa: “Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires” (Fallos, 311:2272), sentencia del 8/11/1988. Allí sostuve que las disposiciones del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto imponían el requisito de la nacionalidad argentina nativa o adquirida, para ejercer la docencia con carácter titular o suplente a una maestra jardinera en un establecimiento privado, resultaba irrazonable y, por tanto, debía declararse inconstitucional por contravenir el “espíritu humanista que inspiró en este tema —materia educativa— a nuestros padres constitucionales a la luz de los principios de igual índole que caracterizaron el pensamiento de Alberdi al fundar su política fundamental inmigratoria” (*sic*), criterio que, en lo pertinente, hiciera suyo el Alto Tribunal.

Posteriormente, en una segunda oportunidad, al resolver la causa: “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de in-

constitucionalidad”, expte. n° 3103/04, sentencia del 31/4/2005 —en la que se planteaba la inconstitucionalidad de la exigencia de nacionalidad argentina que el *Estatuto del Docente* (ordenanza 40.593) imponía como regla general para ingresar a la carrera docente en escuelas dependientes del GCBA [Nota: El “Estatuto del Docente”, en lo que aquí interesa, fue modificado con posterioridad al dictado de la sentencia por la ley 1696, publicada en el *Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires* el 17/6/2005, lo que demuestra que, en determinados casos, en que no está comprometida la función pública o el desempeño de cometidos estratégicos para el Estado, es del resorte del Poder Legislativo modular el requisito de la nacionalidad. Así, por el art. 1° de esta norma se sustituyó el inc. a) del art. 14 de la ordenanza 40.593, que quedó redactado de la siguiente forma: “Ser argentino, nativo, por opción, naturalizado o extranjero. En todos los casos dominar el idioma castellano. En el caso que el aspirante sea ciudadano extranjero deberá acreditar: 1. la existencia de título suficiente que lo habilite para el ejercicio de la actividad de que se trate; 2. el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley Nacional de Migraciones para su residencia en el país; y 3. A los efectos de esta ley, podrán ser equiparados a los argentinos nativos los hijos de por lo menos un progenitor argentino nativo, que circunstancialmente hubieran nacido en el exterior con motivo del exilio o radicación temporaria de su familia, y tuvieran pendiente la tramitación para la obtención de la ciudadanía]”—, *consideré que el mencionado requisito para el acceso a la carrera docente de nivel primario en las escuelas públicas resistía exitosamente el examen de constitucionalidad. Allí argumenté:*

“En primer término, porque los derechos a trabajar y enseñar no se ven suprimidos sino reglamentados parcialmente. Es necesario enfatizar que, a tenor del principio de *relatividad*, todos los derechos de rango constitucional lo son con el alcance y extensión que les asignen *las leyes que reglamenten su ejercicio* (art. 14 de la C.N.), más allá de que dicha legislación requiera satisfacer la regla de la *razonabilidad* (arts. 28 y 33 del mismo plexo).

“Además en esta causa no se ha alegado que exista un impedimento para que los docentes extranjeros puedan ejercer esos derechos en el ámbito privado. Los extranjeros también pueden ejercer la docencia en el área de Educación Superior de las escuelas públicas, pues el Estatuto del Docente contempla de manera expresa la posibilidad de ingreso a la carrera, aunque en casos determinados.

Sobre el último aspecto de la norma objetada, la accionante argumenta que, con el dictado de la ley 668, en tanto establece que se admitirán extranjeros como docentes en el área de Educación Superior cuando ‘razones de idoneidad así lo requieran’, la Legislatura ha efectuado una delegación inconstitucional al establecer un *standard* vago e indefinido ‘que deja en manos de la Administración la fijación de las pautas destinadas a establecer cuáles docentes extranjeros se encuentran habilitados para ejercer la docencia’...

Este argumento, que se pretende fundar en el supuesto exceso por parte del órgano legislativo, debe ser descartado, pues, tal como lo expresa en el punto 11 de su voto mi colega el Dr. Luis F. Lozano, no existe una violación a los arts. 10, 84 y 103 de la Constitución de la Ciudad, toda vez que la facultad de decidir en cada caso concreto si un solicitante de nacionalidad extranjera resulta idóneo para ingresar a la carrera docente en el área de Educación Superior, es una actividad de naturaleza típicamente administrativa. Por supuesto que nada corresponde expresar respecto de las referencias que la accionante efectúa acerca de la regulación de la delegación legislativa contenida en la Constitución Nacional (arts. 76 y 99, inc. 3°), pues la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se da sus propias instituciones y se rige por ellas —si bien de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental—, de conformidad con lo establecido en el art. 129 de la misma Carta Magna.

En cuanto a la limitación que, esta vez sin excepciones, se establece para acceder a la carrera docente en áreas distintas a la de Educación Superior, considero que esa limitación encuentra un sustento razonable por los fundamentos que a continuación paso a expresar.

En lo que respecta a la educación primaria, el Estado tiene un interés fundamental en la misma y de éste se desprende que exista una regulación diferenciada de los requisitos de idoneidad de los aspirantes a la carrera docente. Participando de este temperamento, Joaquín V. González ya ha dicho que '(1)a instrucción se divide en *primaria, secundaria y superior*, siendo la primera categoría la que los Estados reconocen como de su primordial deber, como fundamento de toda función social y política. Es lo que se llama propiamente la escuela, y de la cual hablan en general las Constituciones' (GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, 28ª ed., Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1983, parág. 165, p. 176.).

El Estado considera que los niños que se encuentran en determinada edad escolar y concurren a las escuelas públicas deben formarse con maestros que deben reunir, entre otros requisitos de idoneidad, el de la nacionalidad argentina. ¿Por qué? La misma ordenanza lo explicita en su art. 6°, inc. b). En este punto, también cabe mencionar lo expresado hace más de un siglo por el prestigioso publicista ya citado cuando dijo: 'En toda nación libre la escuela debe realizar estos tres conceptos: crear su cultura *humana*, encaminarla a fortalecer y perpetuar la *nacionalidad*, y hacer al pueblo capaz de gobernarse por sí mismo y realizar con verdad los propósitos generales y especiales de la *Constitución*' (GONZÁLEZ: ob. cit., p. 175).

Ya los jueces Augusto C. Belluscio y Enrique C. Petracchi, en los considerandos 12 y 13 de su voto concurrente en la conocida causa 'Gabriel Darío Arenzon v. Nación Argentina' (*Fallos*, 306:400), sentencia del 15/5/1984, resaltaron —a la hora de descalificar una regulación que imponía como requisito para el ingreso al profesorado la estatura mínima de 1,60 metro—, 'que

los docentes del preprimario y primario trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social... También es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital’.

El requisito de la nacionalidad, por sí solo, no convierte a una persona en idónea para cumplir con los deberes que las leyes de educación le imponen —aptitudes que deberán ser apreciadas, en cada caso, por la autoridad administrativa correspondiente—, pero sí permite suponer, en ese individuo que posee la nacionalidad, un mayor compromiso con la comunidad que lo recibe. Es por ello que resulta razonable el requisito de nacionalidad establecido en la normativa en cuestión.

Las reflexiones precedentes, en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos años continuos en el país —tal cual lo contempla y garantiza el art. 20, C.N.—, convierten el requisito de la nacionalidad para la docencia oficial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se le reconocen con amplitud el derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas, incluso la docencia en establecimientos privados.

En definitiva, la cuestión podrá ser debatible en el plano del control difuso de constitucionalidad y ante un *caso concreto* (conf. doctrina de la causa: ‘Calvo y Pesini’ [Nota: A esta causa se hará referencia más adelante en el curso del presente voto. En ella recayó sentencia de la CSJN el 24/2/1998 y está registrada en *Fallos*, 321:1096]), pero no mediante un escrutinio ejercitado en abstracto que conduciría a la pérdida de vigencia de la norma con efectos *erga omnes*. Es que no se advierte la irrazonabilidad de las disposiciones atacadas en abstracto, a la luz de los objetivos específicos que se contemplan en el conjunto de disposiciones que disciplinan la prestación del servicio estatal de educación pública. Además, como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico.

Y preservo la posibilidad de impugnación por vía del control difuso de inconstitucionalidad, para aquellos casos en los cuales pueda invocarse y acreditarse que la *idoneidad* del postulante en virtud de su compromiso con los valores nacionales es equivalente o igual al que pueda ostentar, en términos de estándar medio, un docente argentino.

Valga añadir que en el sentido más simple y lineal con que puede entenderse el *Estatuto Docente*, el mismo conjuga el verbo y participa de la filosofía explicitada por la Reforma Constitucional de 1994, una década después. Es ello así, en tanto la Ciudad de Buenos Aires ha entendido, anticipadamente

a la concreción constitucional explícita del ideario argentino en educación, que la enseñanza pública debe comprometerse en brindar a los hijos de sus vecinos una formación, a partir de recursos docentes idóneos por su nacionalidad argentina, que priorice la *unidad nacional*, que tienda a *proteger la identidad y pluralidad cultural*, que se ocupe de *reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas* y que, asimismo, *tome a su cargo promover los valores democráticos* (art. 75, incs. 17, párr. 1º y 19, tercero y párr. 4º de la Ley Suprema).

El pensamiento idealista que expresa la frase de Sócrates que refiere al hombre como *ciudadano del mundo*, fue perdiendo el sentido altruista primigenio, constatable por la mundialización o globalización de la posmodernidad que, descarnadamente, ha entrañado la pretensión de una dominación universal por algunos países que la proyectan en lo político, económico y cultural, bajo la disuasión de su indiscutible poderío financiero y bélico. Es que ha quedado sin respuesta el desafío lanzado por su S.S. Juan Pablo II en el *Mensaje al Movimiento Mundial de Trabajadores Cristianos*, reunidos en San Pablo, Brasil, en mayo de 2000, cuando, al confirmar el fenómeno de la globalización, invitaba a gerenciarlo con sabiduría, para que, en todo caso, pudiera promoverse en tal marco la *globalización de la solidaridad*, no sólo en el seno de cada país sino, fundamentalmente, en las relaciones entre las naciones del mundo entero, escapando a una visión fundada únicamente en criterios económicos, y aceptada por los postergados como la inevitable consecuencia de mecanismos ciegos.

Así, los comunes denominadores que permitieron hablar de una patria humana universal, se ven desmentidos en el campo de la realidad concreta lo que obliga a una Argentina postergada a reafirmar y defender su identidad, valiéndose del instrumento poderoso de la educación y reivindicando los valores del patriotismo. Tal ideario no será nunca consigna de agresión, expansión o conflicto, sino un himno de hermandad fraguado en los ideales de Mayo.

El sentimiento de adhesión filial a la Patria se levanta hoy en los más variados continentes y latitudes y se convierte en un medio eficaz para conjurar actitudes que comprometen hasta la integridad misma del propio suelo. Es por ello que el maestro público argentino puede y debe estar identificado en el espíritu cívico y patriótico que resalte los ideales esenciales de nuestra nacionalidad, en un permanente retorno a las fuentes de nuestro origen como nación, a su cultura, a sus próceres, valores y símbolos más preciados. Es que el docente nacional —desde las más diversas ópticas propias del pluralismo— puede pulsar como ninguno ese espíritu colectivo forjado a lo largo de nuestra historia, pues una educación carente de valores nacionales importaría tanto como condenar al educando al destierro y ostracismo en su propia patria.

La Patria y la Nación no son una escala en una larga travesía, una bandera de conveniencia, ni un puerto de reparo. Requieren de quienes comparten vínculos de pertenencia una actitud de decidido compromiso en el

camino de la libertad y solidaridad recorrido, y por recorrer” (fin de la transcripción de mi voto en los autos referidos, aclarándose que el énfasis, en este caso, ha sido añadido).

9. En la causa: “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, sentencia del 20/6/2000 (en *CyJ, Fallos TSJBA*, t. II, 2000, pp. 154 y ss.), una abogada de nacionalidad alemana había impugnado judicialmente el requisito de nacionalidad argentina establecido por el Consejo de la Magistratura local para participar en un concurso para el cargo de secretario/a judicial. En aquella oportunidad, sostuve:

“...(E)ntrando al fondo de la cuestión, esto es: ¿Se ajusta a derecho la incorporación por parte del Consejo de la Magistratura de una restricción basada en la nacionalidad como requisito de exclusión en un concurso para Secretario Judicial?, adelanto mi respuesta en sentido afirmativo, por entender que ello no importa frustración de derechos o garantías constitucionales consagrados en el Estatuto Federal ni en la Constitución local.

a) La generosa invitación contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1853 a *todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*; la consagración del principio conforme al cual en la Nación Argentina *todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad*, art. 16; la amplia equiparación de los extranjeros para el ejercicio de *todos los derechos civiles del ciudadano*, plasmada en el art. 20; la directiva por la cual *el Gobierno federal fomentará la inmigración europea*, a que se refiere el art. 25 (todos preceptos de la Ley Fundamental Nacional); cuanto la prohibición de *discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia... nacionalidad... o cualquier circunstancia que implique distinción, restricción o menoscabo*, obligando a que la Ciudad remueva *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*, recogida por el art. 11 de la Constitución local, deben entenderse como un medio de evitar que la ley introduzca injustas, odiosas o arbitrarias discriminaciones en contra de los extranjeros y, correlativamente, indebidos e injustificados privilegios en favor de los nacionales, por lo cual no se requiere de una equiparación rigurosa, estricta y matemática de los derechos de unos respecto de los de los otros.

b) Tempranamente el Tribunal cimero al resolver la causa: ‘*Criminal c. D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión*’, sentencia del 1/5/1875 (*Fallos*, 16:118), por remisión a los fundamentos del juez de Sección, dejó sentado que ‘la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo

que se concede a otros en iguales circunstancias, de lo que se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurientes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social’.

c) De detenernos a considerar el *bloque de legalidad* (en la terminología de Maurice Hauriou) que fija las coordenadas fundamentales para el desempeño de cargos electivos o funciones públicas en la República Argentina, advertiremos que además de la exigencia de nacionalidad argentina —adquirida en alguna de las formas reconocidas por nuestro derecho público: nativa, por opción o por naturalización— requerida en la Constitución Federal y en las constituciones locales, también se hace presente en diversos regímenes jurídicos particulares, en especial los atinentes a la *función pública judicial*.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejerciendo la competencia constitucional primaria que le asignara con carácter explícito y excluyente el art. 99 del Estatuto Fundamental (texto 1853/1860) dictó, por Acordada del 17/12/1952, el *Reglamento para la Justicia Nacional*, pudiendo leerse entre sus ‘Disposiciones Generales’, capítulo 1: ‘Magistrados, funcionarios y empleados’ que se ha fijado como: ‘Requisitos para el nombramiento de funcionarios y empleados’, por el art. 11: *...ser argentino, mayor de edad y tener estudios secundarios completos; y para ser empleado, ser argentino, mayor de 18 años, tener los mismos estudios y rendir un examen de suficiencia en mecanografía, redacción y ortografía, sin perjuicio de otros requisitos que puedan exigirse...*

En armonía con la disposición transcrita, el dec. ley 1285/58 de ‘Organización de la Justicia Nacional’, ratificado por la ley 14.467, vino a disponer por el art. 12: *Para ser secretario o prosecretario de los tribunales nacionales, se requiere ser ciudadano argentino, mayor de edad y abogado graduado en universidad nacional...*

En materia de escribanos de registro —*fedatarios*, al igual que los secretarios judiciales—, la Ley Orgánica del Notariado 12.990, vigente en la Capital Federal, en la sección primera: ‘*De los escribanos en general*’, capítulo I: ‘*Condiciones para el ejercicio del Notariado*’, ha fijado por el art. 1º, como primer requisito: *Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este último caso tener diez años de naturalización* [Nota: Paola Andrea Pelusso, en un artículo titulado: “Acceso a la función notarial. Requisitos”, incluido en la obra colectiva dirigida por la académica ARMELLA, Cristina N.: *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 51 y ss., en particular p. 62, señala que el dec. 2284/91, modificó los requisitos para acceder al cargo de escribano público titular en la Capital Federal, al derogar en su art. 12 el requisito de la nacionalidad argentina para la adjudicación de un registro notarial, agregando: “de esta forma, un extranje-

ro, puede acceder al mismo, si acredita su residencia por dos años o más en el país”. Discrepamos con la aludida interpretación ya que el art. 12 del dec. 2284/91, dictado con fundamento en los reglamentos de necesidad y urgencia y en las habilitaciones que pudieran inferirse de las leyes 23.696, 23.697 y 23.928, tan solo vino a disponer: *Art. 12: ‘Déjanse sin efecto en todo el territorio de la Nación todas las limitaciones al ejercicio de las profesiones universitarias o no universitarias, incluyendo las limitaciones cuantitativas de cualquier índole, que se manifiestan a través de prohibiciones u otras formas de restricciones de la entrada a la actividad de profesionales legalmente habilitados para el ejercicio de su profesión. //Déjanse sin efecto las restricciones cuantitativas establecidas por la ley 12.990. //El Ministerio de Justicia deberá dictar dentro de los treinta (30) días las normas reglamentarias pertinentes’*. Sobre el decreto de marras, que además de mostrarse impreciso e inatingente para suprimir un requisito para ejercer el notariado y no una limitación (entendida como incapacidad o incompatibilidad), cabe enfatizar que se convirtió en un ejemplo paradigmático de la quiebra de la división de poderes por la invasión ejecutiva en las facultades normativas del órgano depositario de la voluntad general —Congreso de la Nación—. En este sentido, los investigadores Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti (conf. “Gobierno por decreto en Argentina —1989-1993—”, *ED*, 158-848 y ss., en particular p. 855, nota 22) han señalado que por el apuntado “megadecreto” de necesidad y urgencia se derogaron o modificaron no menos de cuarenta y tres leyes del Congreso. Es del caso añadir que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Corrientes, en una nota a la sentencia de la CSJN registrada en *Fallos*, 321:2086, se pronunció críticamente en contra de los decretos de desregulación con proyección en este ámbito profesional, entre ellos, el que aquí es objeto de cita, marcando el error de *comprender a la fe pública notarial dentro de la oferta general de servicios... queriéndola convertir en un objeto negocial... toda vez que la facultad de dar fe constituye una concesión del Estado en su calidad de oficiales públicos*, agregando que la desregulación de las actividades profesionales en pos de una economía de mercado podrá sólo ser aplicable a aquellas en que no estén en juego potestades del Estado; por tanto, *someter al notariado a las reglas del mercado es atentar contra los principios básicos del mismo... y contra la seguridad jurídica*. Ello así, por cuanto *no se puede producir a escala la autenticidad sin atentar contra la intermediación* (en referencia a la eliminación del régimen del notariado de número); para agregar *no se puede negociar la fe pública sin atentar contra la imparcialidad* (<http://www.escribanosctes.com>)], precepto particularmente relevante ya que en este caso el profesional de derecho que ejerce tal cometido lo hace como consecuencia de una delegación transestructural del Estado que lo habilita para la función de *dar fe pública*.

En el orden nacional la ley 22.140 de ‘Régimen Jurídico Básico de la Función Pública’, en el capítulo III: ‘Ingreso’, dispuso por su art. 7º la nece-

saría acreditación de distintas condiciones, entre ellas, por el inc. d) la de *ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro (4) años de ejercicio de la ciudadanía*; indicando a continuación que *las excepciones a cualquiera de estos dos requisitos podrán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo en cada caso*. Al mismo tiempo, por la ley 25.164, ‘Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional’, sancionada el 15/9/1999, que derogara la anteriormente referida, en el capítulo II: ‘Requisitos para el ingreso’, ha mantenido, por el art. 4º, inc. a), el de *ser argentino nativo, por opción o naturalizado*, agregando: *El Jefe de Gabinete de Ministros podrá exceptuar el cumplimiento de este requisito mediante fundamentación precisa y circunstanciada de la jurisdicción solicitante*.

En el orden local, la ordenanza 40.401 (publicada el 8/3/1985), conocida como ‘Estatuto del Personal de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires’, capítulo II: ‘Del ingreso’, ha venido a prescribir como requisitos esenciales por el inc. a) del art. 4º, *ser argentino nativo, por opción o naturalizado*, disponiendo luego: *por excepción podrán admitirse extranjeros, cuando la naturaleza de la actividad lo permita o lo justifique, debiendo fundamentarse tal circunstancia en el acto de designación*.

El Consejo de la Magistratura, si bien en el ‘Reglamento de Concursos para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’, aprobado por la ya citada resol. 93/99 del 31/8/1999, previó en el art. 10 referente a *solicitud*, art. 10.1.4, la necesidad de que el aspirante detallara *si es argentino nativo o naturalizado*, sin que tal mención convirtiera con certeza a la nacionalidad en requisito ineludible para el cargo, tal circunstancia ha venido a ser superada con el dictado de la resol. 2/2000 del 1º de febrero del año en curso que aprueba como anexo el ‘Reglamento Interno del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’, en cuyo título II: ‘Régimen Jurídico Básico de la Administración de Justicia’, parágrafo: ‘Requisitos y condiciones para la designación de funcionarios’, se han establecido en lo relativo a Secretario Letrado y Prosecretario Letrado los recaudos de *ser argentino, abogado con título otorgado por Universidad debidamente habilitada para su expedición, o con título extranjero similar...* (art. 2.3.1.), precepto que adquiere en la especie el carácter de interpretación auténtica y complementaria en el punto que aquí interesa. Valga agregar que por el art. 2.5. (nacionalidad), se dejó dispuesto: *El requisito de ser argentino se cumple siendo nativo o naturalizado. El Consejo de la Magistratura puede, en casos excepcionales, autorizar la designación de funcionarios o empleados de nacionalidad extranjera, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen*.

Finalmente, en esta instancia, al aprobarse el 22 de diciembre de 1998, mediante el voto unánime de sus jueces, por Acordada nº 7/98, el ‘Reglamento del Tribunal Superior de Justicia’, en el capítulo 3º: ‘Designación y extinción de la relación’, art. 14: ‘Requisitos y condiciones de los funcionarios judiciales’, se estableció, en armonía con todas las disposiciones hasta aquí

referenciadas, para los secretarios judiciales, secretarios letrados y prosecretarios letrados, la exigencia de ser argentino.

d) El requisito de la nacionalidad argentina para quienes desempeñen la *función pública judicial* se ve recomendada —sometido el recaudo de la nacionalidad a la regla y prueba de razonabilidad, que propician los arts. 28 y 33 de la Constitución argentina— porque de tal modo se propende a lograr en los estratos superiores de uno de los poderes del Estado que expresan su soberanía, la actuación de ciudadanos consustanciados con la idiosincrasia del país, embebidos de su historia y tradición cultural y portadores del compromiso cívico que presupone el ejercicio pleno de los derechos políticos en una república.

Las reflexiones precedentes, en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos años continuos en el país —tal cual lo contempla y garantiza el art. 20, C.N.—, convierten el requisito de la nacionalidad para la función judicial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país que aspiren a reivindicar en plenitud el *gobierno de propios* en los tres poderes del Estado, sin tutelas, asistencias o intervenciones foráneas. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se le reconocen con amplitud los mismos derechos civiles que a los ciudadanos e, incluso, en el orden local, limitados derechos políticos.

Las afirmaciones precedentes son congruentes, a su vez, con otras políticas legislativas y dictámenes de la Procuración del Tesoro, cuando ésta entendió, en el plano de la justicia, que resultaba un menoscabo a la soberanía someter a la Nación a la jurisdicción de tribunales extranjeros y a la ley foránea, como renunciar a la inmunidad soberana del Estado.

Otro tanto puede predicarse de diversas normas que en el pasado consagraron el *compre nacional*, instrumento destinado a promover, a través de la utilización por el sector público de insumos *hechos en la Argentina*, un estímulo a la generación de mayores fuentes de trabajo en el país, hoy inmerso en una penosa situación de desempleo.

e) He sostenido en su oportunidad, al dictaminar por el Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa ‘Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires’, sentencia del 8/11/1988 (*Fallos*, 311:2272), que las disposiciones del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto imponía el requisito de la nacionalidad argentina nativa o adquirida, para ejercer la docencia con carácter titular o suplente a una maestra jardinera en un establecimiento privado, resultaba irrazonable y, por tanto, debía declararse inconstitucional...

Dos son, sin embargo, las razones que, sin variar mis concepciones, me llevan a arribar a una solución contraria en este caso. La primera: que la res-

tricción que se cuestiona no proviene de una reglamentación subalterna, sino que emana y ha sido dictada por un órgano constitucional como el Consejo de la Magistratura en ejercicio de una competencia legítima asignada por el art. 116 inc. 5° del Estatuto Supremo local (ámbito de reserva propio), como las que pueden corresponder a los otros poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislatura (arts. 80, 81, 82 y 83) o jefe de Gobierno (arts. 102, 104 y 105), e idéntica a la que retiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación para dictar su *reglamento interior* y nombrar a sus empleados (art. 113, en este caso de la Constitución Federal). La segunda: que lo que está en juego en la especie es el desempeño de una función pública —‘el servicio de justicia’—, a través de cargos jerárquicos que requieren arraigo y compromiso con la Nación para conformar el requisito de *idoneidad* exigido por el art. 16 de la Constitución argentina para la admisibilidad en los empleos públicos, más aun cuando ellos importan el ejercicio de funciones trascendentes como las enumeradas en el art. 31 del CCAyT.

Valga advertir que la situación no es análoga a la abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: ‘Rocío Calvo y Pesini v. Provincia de Córdoba’, sentencia del 24/2/1998 (*Fallos*, 321:194), causa en la que se ventiló la compatibilidad constitucional del art. 15 de la ley 7625 de la provincia de Córdoba que requería la nacionalidad argentina, entendiéndose irrazonable como requisito de idoneidad para la función o empleo de una psicóloga de un hospital público, resolución en la que el Alto Tribunal previno, incluso, que era menester juzgar la condición *en concreto*, como lo había hecho en el precedente de *Fallos*, 290:83, donde se exigía la *ciudadanía* —y sólo la nativa o por opción—, como requisito para los cargos de prácticos marítimos, justificándola como razonable, al vincularse tal función con la seguridad y soberanía de la República” (fin de la transcripción de mi voto en los autos referidos, aclarándose que el énfasis, en este caso, ha sido añadido).

10. La accionante embate contra las regulaciones del notariado local que establecen el requisito de la nacionalidad argentina nativa o naturalizada para la inscripción en la matrícula profesional como si se tratara de una caprichosa excentricidad de nuestro ordenamiento, merecedora de ser estudiada por la *teratología jurídica* [Nota: Teratología: Estudio de las anomalías y monstruosidades del organismo animal o vegetal (conf. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., 2001, www.rae.es)]. Al respecto, valga señalar que estamos en presencia de un *principio común de derecho recibido*, presente en el derecho público argentino a lo largo y a lo ancho de los más diversos ordenamientos provinciales.

Así la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, por su art. 26, al fijar los extremos que deberá acreditar el interesado para inscribirse en el Registro de Aspirantes que llevará el Colegio de Escribanos, consigna en el inc. 2°: *Ciudadanía argentina nativa o por naturalización*.

En la provincia de Catamarca, la ley 3843, art. 1º, dispone: *Para ser titular o adscripto de un Registro Notarial se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este último caso tener cinco años de naturalización.*

La provincia del Chaco, en su ley notarial 2212, art. 9º, inc. 3º, prescribe: *Para ejercer funciones notariales se requiere matricularse y a tal efecto el interesado deberá: 3. Ser argentino, nativo o naturalizado. En este último caso deberá tener diez (10) años de naturalización como mínimo.*

La provincia de Chubut ha consagrado en la ley 5055, art. 4º, que: *La inscripción de la matrícula profesional será otorgada previa comprobación de los siguientes requisitos: a) Ser argentino nativo o naturalizado, con no menos de 10 (diez) años de naturalización.*

La provincia de Córdoba tiene establecido por su ley 4183, art. 1º: *Para acceder al ejercicio del notariado se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este último caso, tener 10 años por lo menos de ciudadanía en ejercicio.*

La provincia de Corrientes, en la ley 1482, que regula la actividad notarial, consagra: Art. 2º: *Para ejercer la profesión de escribano público se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado y tener como mínimo 10 años de domicilio real, efectivo y continuo constituido en la Provincia, acreditando esta circunstancia con una certificación que será expedida por el Juzgado Electoral Nacional o autoridad judicial de la Provincia.*

La provincia de Entre Ríos, por su ley 6200, art. 22, prescribe: *El Poder Ejecutivo designará como titular de un registro notarial a quien cumpla con los siguientes requisitos: c) Ser argentino y nativo de la Provincia o tener dos años continuados e inmediatos anteriores de residencia efectiva en ella. El argentino naturalizado deberá tener además, cinco años de ejercicio de la ciudadanía.*

La provincia de Formosa, por el art. 3º de la ley 1219, dispone como requisito de acceso a la función notarial: *a) Ser argentino nativo o nacionalizado.*

La provincia de Jujuy, en su ley 5295, art. 78, exige para ser escribano titular o adscripto: *1. Ser argentino nativo o por opción, con residencia en la Provincia no inferior a cinco (5) años, cuando el aspirante no fuere nacido en la Provincia de Jujuy. El requisito de residencia indicado no será exigible cuando el aspirante adscripto acredite haberse desempeñado como escribano titular o de registro en otra provincia por el término de cinco (5) años como mínimo.*

En el dec. 205/93 de la provincia de La Pampa, que establece el texto ordenado de la ley 49, art. 1º, puede leerse: *Para ejercer la profesión de escribano se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado y en este último caso con una antigüedad no menor de 5 años.*

La provincia de La Rioja, por su ley 6071, art. 2º, entre las condiciones para ser escribano, enumera: a) *Ser argentino nativo o naturalizado y en ambos casos tener una residencia inmediata y continuada en la provincia de cinco (5) años. Esto último no rige para los nativos de esta Provincia.*

La provincia de Mendoza, en su ley 3058 (texto ordenado 2005) por el inc. 2º, de su art. 77, requiere para ejercer funciones como notario: 2) *Ciudadanía en ejercicio.*

La provincia de Misiones, por el art. 2º, de la ley 4373, señala que: *Para inscribirse en la matrícula profesional los notarios deberán reunir los siguientes requisitos: a) ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez (10) años de naturalización.*

La provincia de Salta, en su “Código del Notariado” (ley 6486), art. 32, dejó sentado que: *Para acceder al ejercicio de las funciones notariales se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado con residencia, en ambos casos, no menor de diez (10) años en la Provincia.*

En el dec. acuerdo 316/1992 de la provincia de San Juan, establece en el art. 3º, entre los requisitos para obtener la matrícula de notario o escribano público, inc. c): *Ciudadanía en ejercicio.*

La provincia de San Luis, en el art. 6º de la ley 5721, establece: *Para inscribirse en la matrícula profesional deberán reunirse los siguientes requisitos: a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización.*

La provincia de Santa Cruz, en su ley 1749, art. 1º, requiere para ejercer el notariado: a) *Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, en este último caso, con una antigüedad no menor de diez años.*

La provincia de Santa Fe, en su ley notarial 6898, art. 1º, inc. a), exige para ejercer el notariado: *Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, en este último caso con una antigüedad no menor de diez años.*

La provincia de Tierra del Fuego, en su ley 519, regulatoria del ejercicio notarial, en su art. 6º, ha dejado dicho que: *Para ejercer el notariado, como profesión independiente, en la provincia de Tierra del Fuego, se requiere: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, debiendo en este último caso, tener diez (10) años por lo menos de ciudadana en ejercicio.*

La provincia de Tucumán, por el art. 11 de la ley 5732, dejó sentado que: *Son requisitos indispensables para el ejercicio de la función notarial, los siguientes: a) Ser ciudadano argentino o naturalizado con cinco años de antigüedad.*

Los dispositivos relacionados se complementan con otros preceptos afines relativos al régimen jurídico de la función pública, en los que es habitual encontrar reglas sustancialmente análogas con las específicamente notariales en punto a la nacionalidad, comprendiendo, también por esta vía, a la actividad fedataria, en tanto se asuma que la misma importa el ejercicio de una prerrogativa pública por la investidura que realiza el Estado en los aludidos profesionales del derecho.

Debe añadirse que de la compulsa del derecho provincial comparado se comprueba que en distintas jurisdicciones —provincias de Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja y Salta— se reclama, además, domicilio real efectivo y continuo o residencia en la provincia por el término de dos a diez años, la que puede ser suplida en algunas —provincias de Entre Ríos, Jujuy y La Rioja—, en el caso de tratarse de aspirantes nativos de los antedichos estados locales; exigencias éstas que sólo se compadecen de ser requeridas para cargos públicos electivos, tratándose de funcionarios públicos o de quienes ejercen funciones públicas. Es que, únicamente en tales supuestos se concilian con el art. 8° de la Carta Magna federal cuando consagra que *(l)os ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás...* y con la jurisprudencia del Tribunal cimero *in re*: “Bressani, Carlos H. y otros contra la Provincia de Mendoza, Inconstitucionalidad de leyes y devolución de dinero” (*Fallos*, 178:9), sentencia del 2/6/1937, donde se dejó sentado que *la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo*, pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada; ha fundando una unión indestructible de estados indestructibles.

11. A su vez, no hay que perder de vista una realidad contemporánea, proyectando nuestra mirada de fronteras afuera, lo que nos enfrenta con el proceso de integración económica. De todos modos, cabe advertir, que el *Tratado de Roma*, suscripto el 25 de marzo de 1957, por el que se da existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE), en el título III: “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, capítulo II: “Derecho de establecimiento”, art. 45, párr. 1°, establece: *Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público* [Nota: www.porticolegal.com/textos], con lo cual, en razón de ser la notarial una función pública, nada obsta a disponer que para ser notario se deba ser ciudadano del país que lo inviste. Así, el director de la *Revista del Notariado*, escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar, da cuenta sobre punto, que: “La mayoría de los países que se han pronunciado no aceptan en su totalidad la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, alegando que *el notariado participa de la soberanía del Estado* y que, por tanto, los Estados miembros no están obligados a permitir, ni siquiera de forma temporal, el ejercicio de poder público por parte de funcionarios nombrados por otro Estado, si no lo consideran oportuno” [Nota: *Revista del Notariado*, año CVIII, trimestre abril/mayo/junio 2005, n° 880, sección: “Internacional”, artículo: “Nota Preliminar: funcionario público. Nacionalidad”, pp. 275 y ss., en particular p. 276] (el énfasis ha sido añadido).

12. Merece respuesta la invocación que se ha formulado del pronunciamiento de la CSJN recaído en la causa: “Pedro Cornelio Federico Hooft v. Provin-

cia de Buenos Aires” (*Fallos*, 327:5118), sentencia del 16/11/2004, aunque como lo señala la propia actora (conf. fs. 26), se trataba de un supuesto distinto al que nos ocupa. En efecto, allí lo que se cuestionaba era la constitucionalidad del requisito establecido en el art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, por el cual, para acceder al cargo de juez de la Cámara de Apelación o de la Suprema Corte provincial, se exigía: “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”, excluyéndose de tal posibilidad a los argentinos naturalizados. Es decir, tal cual lo refiere el Alto Tribunal, que de lo que se trataba no era de una diferenciación por ser o no nacional, sino por el “origen de la nacionalidad”, lo que importaría tanto como distinguir entre dos clases de ciudadanos argentinos, aspecto que no sorteaba exitosamente el escrutinio de validez constitucional.

13. Por lo hasta aquí expuesto, la *razonabilidad en la selección* para la conformación de los grupos y categorías de aspirantes de quienes se consideran *idóneos* para asumir una función pública, puede pasar por el meridiano de la *nacionalidad*, cuando a ésta se la tiene configurada, no solamente para quienes ostentan tal vínculo político por el hecho natural de haber nacido en nuestro suelo, haber ejercido la pertinente opción al ser hijos de argentinos —a pesar de su nacimiento en el exterior—, sino también cuando se la extiende, generosamente, a aquellos que la abracen por adopción.

En estos términos, la demanda de la nacionalidad, comprendida la que se adquiere por adopción, para el ejercicio de una función pública —como lo es la notarial—, disipa toda sospecha o presunción de ilegitimidad, no reclamando prueba alguna para justificar la exigencia del recaudo. Valga añadir, en cambio, que sí resulta *doctrina sospechosa* aquella que alienta a abrir los cuadros de los cargos relevantes de los poderes y funciones públicas de la República Argentina a los extranjeros, en una abdicación flagrante de la soberanía, como ya ha ocurrido a partir de la suscripción de más de medio centenar de *Tratados de Protección Recíproca de Inversiones* que han deferido al *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), que funciona en la órbita del Banco Mundial, la resolución de controversias que involucren intereses estratégicos del país, comprometiendo el erario y el decoro de la Nación al desplazar a favor de árbitros del exterior [Nota: Téngase en cuenta sobre el punto las enseñanzas del ministro de este Tribunal, hoy fallecido pero cuya memoria es imborrable, Guillermo Andrés Muñoz, cuando señalara la paradoja frente a tanto escándalo. Así, hace más de un lustro, prevenía: “El art. 20 de la Constitución federal argentina lo que asegura al extranjero es la igualdad con los nacionales, pero no situaciones de privilegio frente a ellos...//Esos privilegios sin duda ya existen... El poder someterse al arbitraje ante la desconfianza a los tribunales nacionales, es otro privilegio que no tenemos los argentinos. A mí pueden no gustarme los jue-

ces argentinos —de hecho yo me gusto cada vez menos— pero no puedo elegir, no puedo ir a un árbitro internacional. El inversor extranjero sí. ...//Como ustedes pueden apreciar los privilegios acordados a los inversores extranjeros son muchos. Quizás demasiados...” (conf. “El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el Estado”, en: *Actualidad en el Derecho Público*, n° 10, parág. IV, pp. 86 y ss., en particular pp. 86/88, pp. 83 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999)] —incluso en materia de actos *iure imperii*— la competencia jurisdiccional del Estado federal, aforado por la Constitución a los estrados de la Corte Suprema de Justicia [Nota: Se impone recordar aquí algunos párrafos del dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. José Nicolás Matienzo, fechado el 30 de abril de 1919, y recaído en la causa: “*Fisco Nacional contra la Compañía Dock Sud de Buenos Aires sobre cobro de pesos*” (Fallos, 129:243), sentencia del 23/5/1919, asesoramiento que no se encuentra incorporado junto con la sentencia en la colección oficial de *Fallos*, y cuyo texto he podido compulsar en el Libro de Registro respectivo de la Procuración General. Allí puede leerse: “La Constitución Nacional coloca entre las atribuciones del Poder Judicial el conocimiento y decisión de los asuntos en que la Nación sea parte (art. 100 —texto histórico—).//Comentando una disposición análoga de la Constitución de los Estados Unidos dijo Hamilton que cualquier otro plan sería contrario a la razón, a los precedentes y al decoro. //No parecen haber entendido lo mismo los Gobiernos Argentinos que han convenido con empresas particulares someter los asuntos de la Nación a la decisión de árbitros o de arbitradores. //Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con el acuerdo de la Cámara de Senadores. Sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y de la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso. Sus fallos están así rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la Nación puede entregarles en confianza la solución de sus contiendas con el interés privado.//Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento, y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidad de los jueces permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas con casos y circunstancias diversas, como ocurre con aquellos jueces. //De ahí que, salvo raras excepciones, el arbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra; y de ahí que el tercero en discordia, prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho al que lo tiene. Así, no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no sólo por su origen, sino por su contenido. //Se explica que los particulares poco seguros de su derecho, pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es, en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del Poder Judicial de la Nación que aparece apartado como

inútil o ineficaz. //Estas consideraciones, si no fueran suficientes, para demostrar la inconstitucionalidad de someter a árbitros los asuntos en que la Nación es parte, bastan, por lo menos, para justificar que toda duda sobre la procedencia del arbitraje en los asuntos de la Nación se resuelva en favor de la jurisdicción de los tribunales permanentes.//Como quiera que sea, hay una distinción que me parece indispensable hacer. La Nación puede obrar como persona jurídica o en su calidad de entidad soberana. En el primer caso, pudiera admitirse la discusión acerca de la procedencia del arbitraje: en el segundo caso, no. El soberano abdicaría su dignidad si sometiera al fallo de árbitros privados la existencia o extensión de sus facultades gubernativas”].

IV. *La ampliación de la competencia del Tribunal dispuesta por la ley 404*

14. Corresponde, ahora, ingresar al tratamiento de las objeciones que realiza la Asociación por los Derechos Civiles, en punto a la asignación transitoria de las funciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado que la ley 404 pone en cabeza de este Tribunal Superior de Justicia (arts. 117, 120 incs. a y b, 153 y 172).

15. La atribución transitoria y excepcional de funciones al Tribunal Superior de Justicia que dispone la ley 404 no resiente la Constitución local.

La ley 404 dictada por la Legislatura de la Ciudad, en uso de las atribuciones que le confiere la Cláusula transitoria decimoctava de la CCBA [*Nota:* Cláusula transitoria decimoctava: El control de la matrícula y el ejercicio del poder disciplinario de las profesiones liberales, continuará siendo ejercido por los colegios y consejos creados por ley de la Nación hasta que la Ciudad legisle sobre el particular] y la ley 24.588 (art. 5°), reemplaza a la ley 12.990 que fuera sancionada por el Congreso nacional como órgano legislativo local.

En su art. 117, la ley citada dispone que la disciplina del notariado estará a cargo del Tribunal de Superintendencia y el Colegio de Escribanos.

Por su parte, el art. 118 establece que el Tribunal de Superintendencia, a partir de la incorporación de la justicia ordinaria a la Ciudad, estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia, y por dos vocales titulares de dicha Cámara.

Ahora bien, según el art. 172 de la Ley Orgánica Notarial (Disposiciones Transitorias, Título VI), se dispone: *Hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones conferidas por esta ley al Tribunal de Superintendencia están a cargo del Tribunal Superior de Justicia, de la Ciudad de Buenos Aires.*

16. En anteriores pronunciamientos, el Tribunal expresó que su competencia originaria está expresamente determinada en la Constitución local y que sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma consti-

tucional. La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y de los jueces. Tampoco se trata de una “competencia residual” acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico —*in re*: “Pinedo, Federico y otros c/Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, expte. n° 8/99, sentencia del 18/2/1999 (*CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 7 y ss.); “Hilandería Islán S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCCN)”, expte. n° 94/99, sentencia del 27/9/1999 (*CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 463 y ss.); “Álvarez Caffaro, Roberto Enrique y otro c/Gobierno de la Ciudad s/acción declarativa (art. 322, CPCCN)”, expte. n° 139/99, sentencia del 17/11/1999 (*CyJ, Fallos TSJBA*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 615 y ss.), entre muchos otros.

A ello no empece que en casos en que el *interés institucional* se encontraba fuertemente involucrado, el *Tribunal Superior de Justicia* admitiera, *obiter dicta*, *asumir en instancia originaria la competencia deferida de revisión de pronunciamientos jurisdiccionales* —esto es, no resueltos en tribunales de justicia— como los provenientes del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados e Integrantes del Ministerio Público del Consejo de la Magistratura, con apoyo en lo dispuesto en el art. 29 de la ley 54 —doctrina de 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, sentencia del 9/11/2005.

Sin perjuicio de lo sostenido *in re*: “Pinedo”, y *dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, se impuso buscar una solución razonable que permitiera a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercer las competencias que legítimamente posee* sobre la función notarial, de conformidad con lo expresado en la citada Cláusula transitoria decimoctava de la CCBA.

Tal como lo señala en su voto mi colega la Dra. Ana María Conde, toda interpretación que se formule de la competencia del *Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad* debe realizarse de modo armónico con el resto de la *Carta Magna local* y, específicamente, con su *art. 6°* que, en términos ineludibles, predica: Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los arts. 129 y concordantes de la C.N.

17. Es bueno recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(l)as normas deben interpretarse siempre teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones” (*Fallos*, 314:107). De la misma manera, es sabido que, según el Alto Tribunal federal, “para interpretar la

ley debe rastrearse el espíritu de la misma, en procura de una aplicación racional que avenge el riesgo de un formalismo paralizante, como así también el propósito que tuvo el legislador, al que se debe asignar pleno efecto en armonía con la Ley Suprema y el resto del ordenamiento” (*Fallos*, 314:1018, 1445).

Desde esta perspectiva, puede sostenerse que el legislador local, al diseñar el sistema instaurado por la ley 404, tuvo en cuenta que la Justicia Civil Ordinaria todavía no había sido transferida al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Estas pautas de excepcionalidad y transitoriedad justifican, en mi concepto, la atribución de la competencia cuestionada y conducen a descartar la declaración de inconstitucionalidad solicitada en esta causa, enfatizando, además, que la apuntada atribución, en modo alguno, ha distorsionado el normal funcionamiento de este Tribunal Superior de Justicia, como ocurriera con la actuación y rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ventilada en la causa: “Mabel Itzcovich v. ANSeS” (*Fallos*, 328:566), sentencia del 29/3/2005. Allí se declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 que, al otorgar la apelación ordinaria ante ese estrado de las sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, operaba una sensible expansión del ámbito de competencia de la máxima instancia federal, comprometiendo su cometido y funciones con graves perjuicios, incluso, para los propios justiciables.

Por otra parte, *para la conformación del Tribunal de Superintendencia del Notariado se ha respetado estrictamente el diseño previsto en el art. 118 de la ley 404 —un presidente y dos vocales.*

Asimismo, si se tiene en cuenta que, por su magnitud y complejidad, *el proceso de institucionalización de la autonomía local debe desarrollarse, ineludiblemente, de manera gradual y ordenada*, tampoco parece ser el Poder Judicial local —o este estrado en particular— el departamento del Estado poseedor del baremo que permita definir con milimétrica exactitud cuándo la mentada transitoriedad puede comenzar a desdibujarse para así poder concluir que los legítimos motivos tenidos en cuenta por la ley 404 han perdido el sustento que le brindó respaldo.

En este aspecto, *mutatis mutandi*, no puede pasarse por alto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la dilación temporal de una situación de excepción, sentada en la causa: “Héctor Enrique Firpo v. Marta Haydée Espeche” —*Fallos*, 306:928—, sentencia del 7/8/1984. En ella, al ponderarse la suspensión *sine die*, por el dec. ley 4070/56, del divorcio vincular instituido por el art. 31 de la ley 14.394, se dejó expresado que, *aunque la no vigencia de la norma se prolongue en el tiempo*, tal circunstancia no excede la *facultad del Congreso* que, en materia de derechos subjetivos de índole familiar, puede concederlos, negarlos o suspenderlos, *no siendo tal decisión revisable por los magistrados judiciales.*

Debe destacarse, para concluir este punto, que lo que se encuentra en juego aquí es la pretensión de que se invalide una norma que, aún en el con-

trol difuso de constitucionalidad con efecto *inter partes*, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *última ratio* del ordenamiento jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando el alcance de la sentencia produce efectos *erga omnes*.

18. Ahora bien, creo necesario añadir que el Tribunal de Superintendencia del Notariado, *al menos por ahora*, se encuentra a cargo del propio Tribunal Superior de Justicia. No hay dos órganos, sino, en rigor, un único tribunal *que de forma transitoria ejerce una función de superintendencia con respecto a la actividad notarial* (véase el lúcido voto del juez subrogante Dr. Horacio G. Corti en: “Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Colegio de Escribanos. Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s/inspección protocolo año 2001’”, expte. n° 4291/05, sentencia del 3/4/2006). *Además, esta competencia provisoria (función de superintendencia del notariado) no transforma al Tribunal Superior de Justicia en un tribunal administrativo, ni provoca, claro está, una suerte de desdoblamiento de sus estrados (judicial para las competencias conferidas por el art. 113, CCBA, administrativo para las atribuidas por ley 404).*

Como lo ha establecido en numerosas ocasiones el Tribunal de Superintendencia del Notariado cuando era desempeñado por los integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (conf. art. 36, ley 12.990), “(e)l Tribunal de Superintendencia reviste el carácter de órgano judicial, si se tiene en cuenta que está integrado por magistrados de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, es decir por jueces designados mediante el procedimiento previsto en la Constitución Nacional, por lo que no resulta discutible su naturaleza ni sus funciones jurisdiccionales” (expte. Sup. Not n° 1277/92, “Reg. Nac. Prop. Automotor Secc. 67 s/comunica situación planteada en certif. efectuada por el Esc. H. M. M.”, del 30/6/1994, entre otros).

En cuanto a la sustancia misma de la actuación del Tribunal de Superintendencia del Notariado, ella no es otra que *juzgar* la conducta de los escribanos para, según el caso, aplicar la sanción pertinente de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento legal. Esta decisión se toma luego de una valoración amplia de las circunstancias de hecho y de derecho, susceptible de adquirir fuerza de cosa juzgada judicial.

Concuerdo plenamente, entonces, con los desarrollos contenidos en el punto III del fundado voto de la Dra. Ana María Conde, pues tanto desde el punto de vista subjetivo como material el Tribunal de Superintendencia del Notariado ejerce funciones jurisdiccionales.

A su vez, no paso inadvertido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Colegio de Escribanos. Elba María Rial y otros” (*Fallos*, 327:3626), sentencia del 7/9/2004, y prevengo, como lo hace agudamente mi colega el Dr. Luis F. Lozano, que más allá de los conceptos vertidos por el señor procurador fiscal subrogante, el Alto Tribunal federal

sólo se ha limitado a desestimar la queja por considerar que el recurso extraordinario que le dio origen no estaba dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, en tanto lo que se encontraba en juego en dicha causa era una cuestión de competencia. Ello así, no ha variado, según mi parecer, la doctrina mayoritaria del apuntado Estrado en cuanto a la naturaleza judicial del Tribunal de Superintendencia, que se ve confirmada por un sinnúmero ininterrumpido de decisiones en las cuales conoció por vía del remedio federal sobre el fondo de lo resuelto en materia disciplinaria notarial (véase, entre otras causas: “Colegio de Escribanos”, *Fallos*, 315:1370, sentencia del 23/6/1992).

Para finalizar la consideración de este aspecto, alerto que reputar las sentencias de esta instancia decisoria actuando como Tribunal de Superintendencia del Notariado como meras resoluciones administrativas permitiría su revisión por demanda contenciosa, facilitando el tránsito de todas las instancias de mérito con la consiguiente dilación de los procesos, lo que no se compadece con un ejercicio ágil, tempestivo y eficaz del poder disciplinario sobre la función pública notarial, ya que la adecuada dación de la *fe pública* interesa no solamente al colectivo mayoritario de escribanos honorables sino a la sociedad civil toda, que, a partir de los códigos de fondo, ha reconocido a los instrumentos de ellos emanados plena fe, tanto respecto de las partes otorgantes como frente a terceros, como un modo de contribuir a la seguridad jurídica en los actos trascendentes de la vida y en el tráfico de bienes. Así entonces, se impone recordar, a modo de señalamiento decisivo para supuestos como el presente, los conceptos volcados por el Tribunal cimero *in re*: “Claudia Graciela Saguir y Dib” (*Fallos*, 302:1284), sentencia del 8/11/1980: “las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notablemente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial”.

V. *El control judicial suficiente previsto para las sanciones disciplinarias a escribanos y la garantía de la doble instancia (art. 8º.2.h, CADH)*

19. A partir del razonamiento expuesto en el punto anterior de este voto, es posible concluir que el *control* de las sanciones leves, así como el *juzgamiento* de las faltas graves, a los escribanos es llevado adelante por un órgano judicial independiente integrado por magistrados designados de acuerdo con la Constitución local.

Esta actuación permite, como se dijo, un debate amplio y suficiente de las cuestiones de hecho, prueba y derecho que el notario traiga a consideración. Tanto cuando el Tribunal de Superintendencia del Notariado conoce en instancia única (art. 120, inc. a), ley 404), como cuando actúa en su rol de tribunal de apelación de las resoluciones del Colegio de Escribanos (art. 120,

inc. b, ley 404), su intervención siempre viene precedida de un sumario realizado ante la institución colegial que garantiza ampliamente la defensa del profesional (véase art. 141, ley 404). A continuación, si el interesado tiene reparos respecto de este procedimiento previo, tanto en el caso del inc a) como del inc. b) del art. 120, tales cuestiones pueden ser objeto de un control amplio (comprensivo de la valoración de hechos, pruebas y derechos) ante este Tribunal.

En estas condiciones, difícilmente no pueda este sistema superar el más severo escrutinio de constitucionalidad fijado a la luz de la doctrina de la CSJN *in re*: “Elena Fernández Arias y otros v. José Poggio —sucesión”, (*Fallos*, 247:646), sentencia del 19/9/1960, ya que está garantizada en plenitud una instancia judicial *independiente, imparcial, amplia y suficiente*.

20. En punto a la doble instancia judicial, tal como con claridad lo expresa la Dra. Ana María Conde en el punto 4 de su voto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha resuelto que tal garantía “se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona ‘inculpada de delito’ o ‘declarada culpable de delito’” (*in re*: “Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina” —*Fallos*, 323:1787—, sentencia del 27/6/2000).

Asimismo y, puntualmente en un caso que guarda total atinencia con el presente, al ocuparse del planteo de una notaria que cuestionaba la sanción disciplinaria de destitución, al incoar una queja por recurso extraordinario federal denegado, nuestro Tribunal cimero afirmó que: “en definitiva, en lo que atañe a este aspecto de la controversia resulta de aplicación la doctrina del Tribunal referente a regímenes de empleo público que guardan analogía con el presente caso, según la cual las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni el poder ordinario de imponer penas y, en consecuencia, no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal” (*in re*: “Colegio de Escribanos de la Capital Federal”, *Fallos*, 321:2086, sentencia del 13/8/1998).

Por las consideraciones expuestas, los fundados argumentos concordantes y complementarios que ilustran los votos de mis colegas Luis F. Lozano y Ana María Conde, como lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar, en todas sus partes, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Costas en el orden causado por imponerlo así lo prescripto por el art. 25 de la ley 402 para este tipo de procesos

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

La Asociación por los Derechos Civiles promueve acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) y solicita la declaración de inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 8º, inc. a), 117, 120, incs. a) y b), 153 y 172, de la ley 404, así como del art. 2º, inc. a, de su dec. regl. 1624/00 (fs. 21), reglas que reglamentan la actividad profesional de

los escribanos. La accionante controvierte la constitucionalidad del art. 8º, inc. a), de la ley 404 y del art. 2º, inc. a), de su dec. regl., debido a la exigencia de ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización para la inscripción en la matrícula profesional de los escribanos. La ADC considera que tales normas vulneran los arts. 16 y 20, C.N., el art. 11, CCBA, el art. 1.1. de la CADH y el art. 26 del PIDCP, al establecer un recaudo que redunde en una discriminación injustificada entre nacionales argentinos y extranjeros y entre argentinos nativos, argentinos naturalizados con menos de diez años de naturalización y argentinos naturalizados que hayan obtenido esta condición cuando menos diez años antes de intentar su inscripción en la matrícula profesional de escribanos.

Asimismo, la actora impugna los arts. 117, 120 incs. a) y b), 153 y 172 de la ley 404, que confieren al TSJ una competencia que excede aquello expresamente dispuesto por la disposición contenida en el art. 113, inc. 3º, CCBA, como Tribunal de Superintendencia del Notariado (fs. 40/41).

Ambas impugnaciones serán tratadas separadamente, tanto por razones de orden metodológico como por su naturaleza sustancialmente disímil, al remitir la primera de ellas a los derechos a la igualdad y a trabajar (punto II de mi voto) y la segunda, a la asignación transitoria a este Tribunal de las atribuciones de Superintendencia del Notariado (punto III). También por razones de método responderé previamente a la defensa de legitimación en el actor que desarrolló básicamente el Colegio de Escribanos, tercero admitido en el procedimiento que regula la ley 402, arts. 17 y ss., conforme a su art. 21, II (punto I).

1. Legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 3º, CCBA

Tal como expresa el señor juez Lozano en el punto I de su voto, al que me adhiero, esta defensa meramente formal, a la que no parece adherirse el Gobierno sino por vía del fastidio que le provoca la intervención reiterada de la ADC en procura de declaraciones abstractas de inconstitucionalidad, no puede prosperar. Sintéticamente, resulta claro, a mi juicio, que la ley 402, art. 18, concedió una legitimación amplísima para que las personas —de existencia visible o jurídicas— pudieran provocar el control objetivo de la constitucionalidad de normas —de alcance general— vigentes para la Ciudad de Buenos Aires, cualquiera que sea su procedencia, personas entre las cuales están expresamente indicadas las *personas jurídicas* (inc. 2º). Tampoco resulta posible conceder, incluso por precedentes del Tribunal que me eximo de nombrar ahora —alguno de los cuales resultará mencionado posteriormente—, que esa actividad resulta claramente extraña al objeto para el cual fue creada la ADC, actora en el caso, pues en la noción de *derechos civiles* está incluido el reclamo por un tratamiento diferente al extranjero respecto del nacional y, también, al mismo nacional respecto de otros nacionales, según sucede en el caso.

Por lo tanto, tal defensa formal no impide ingresar a la consideración de fondo del litigio, antes descripta.

II. *Categorías sospechosas e inversión de la carga de la prueba: el escrutinio estricto de racionalidad y necesidad*

I. El art. 11, CCBA establece, en su párr. 2º, que: “Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, *nacionalidad* [bastardilla nuestra], caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”.

Esta enunciación concreta de factores específicos de discriminación, típica del constitucionalismo contemporáneo, puede explicarse así: si bien, en principio, los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales que importan “calificar” y hasta “clasificar” a las personas en función de ciertos criterios, cuando ello resulta conveniente para conducir a objetivos legales legítimos —rige la presunción de constitucionalidad de las normas—, en algunos casos, el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho —en cuyo caso, es la ilegalidad e inconstitucionalidad de dicha normativa aquello que se presume y resulta necesario destruir argumental y probatoriamente por parte del legislador.

La cuestión debe encararse, como correctamente lo propone la actora en su demanda (fs. 30/36 vta.) y en la audiencia celebrada el 5/4/2006, desde la perspectiva de las “*categorías sospechosas*” —la “categoría” es el motivo prohibido; la “sospecha” es de ilegitimidad de la norma que la incluye a modo de presunción, con desplazamiento de la carga de la prueba—. Como este Tribunal expresó en diversas causas en que el factor de distinción era etario (conf. expte. n° 482/2000, “Sandez, Carlos Armando”, en *CyJ, Fallos TSJBA*, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, 2000, pp. 417 y ss., sentencia del 29/11/2000 y expte. n° 826/01, “Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *CyJ, Fallos TSJBA, cit.*, t. III, 2001, pp. 688 y ss., resolución del 21/11/2001) y, como en todos mis votos, al integrar un pronunciamiento unánime o al decidir en minoría, yo sostuve a fin de impugnar una norma, o una resolución basada en una norma cuyo enunciado incorporase con carácter limitante del ejercicio de un derecho constitucional *cualquiera* de las calificaciones prohibidas por el art. 11, CCBA (véase, por ejemplo, mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3103/04, resolución del 31/3/2005), la inclusión de alguna de tales categorías produce dos efectos fundamentales:

a) suspende la presunción genérica de constitucionalidad de las normas; b) opera la inversión de la carga justificatoria, por lo cual es el Estado el que debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente, no obstante ser una de aquellas que la Constitución local ha calificado como *sospechosa*, está justificada. Los dos factores enunciados operan el sometimiento de la justificación estatal a un estándar de examen o *escrutinio judicial estricto*.

Estos efectos redundan en la suspensión de la presunción —fuerte aunque vencible— de constitucionalidad de que gozan las normas y en la necesidad, por parte del Estado, de alegar razones contundentes, “extraordinarias”, representativas de un interés estatal “urgente e insoslayable” al decir de la CSJN (conf. “Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de normas legales”, consid. 4º; *Fallos*, 311:2272, *LL*, 1989-B, p. 351), esto es, razones insuperables, para preservar el estatus constitucional que, como expresé, ha dejado de presumirse. El escrutinio estricto debe caracterizarse, antes que como un “método” (concepto que sugiere un procedimiento suficientemente pautado y rígido), como una reacción del sistema de pesos y contrapesos que se debe llevar a cabo toda vez que una norma incorpora, como en este caso, una *categoría sospechosa* en su enunciado. Este test, puesto en manos de los jueces, significa que ellos no habrán de deferir la decisión a otros poderes del Estado, sino que deberán ponderar, independientemente, el vínculo que la clasificación mantiene con una finalidad constitucional cuyo carácter extraordinario, urgente e inasequible por medios menos lesivos que aquellos que categorizan a personas, o grupos de personas, el mismo Estado debe demostrar para ofrecer el estándar de justificación que la Constitución de la Ciudad le exige. Nótese que ese estándar, en principio, ya debió ser ofrecido por el autor competente para expresar la norma.

Bajo este examen estricto, el Tribunal no puede aceptar cualquier propósito gubernamental que se pueda reputar —al menos— jurídicamente permisible, como si esa adjetivación fuera suficiente para ser soporte de la utilización de una clasificación sospechosa, sino que, para ello, debe requerir que quien pretende su vigencia demuestre que con ella ha procurado el logro de una finalidad primordial y que no existen vías menos restrictivas o gravosas para obtener, o asegurar, la finalidad perseguida por la norma en crisis. Ello remite no tan sólo a un análisis de racionalidad, sino, antes bien, a uno que, además de contener ese valor, exija la necesidad, esto es, a un resultado cuyo valor sea tan significativo que justifique plenamente (análisis de fines y su adecuación a medios no meramente instrumental) la limitación de derechos y principios constitucionales, también fundamentales en un marco de racionalidad democrático. Es claro, también, que tal *necesidad*, quedará excluida si resulta posible utilizar medios menos gravosos que la limitación a un derecho básico.

2. Aun cuando el test no pueda ostentar un grado de exigencia tal que imponga la *absoluta necesidad* de la exclusión para la consecución del fin que persigue la norma, el Tribunal debe exigir, en principio y como mínimo, que quien persigue la validez de la norma demuestre una relación sumamente estrecha entre el uso limitativo de la calificación sospechada y la promoción del interés (imperativo o primordial) perseguido. Si la clasificación no necesita ser empleada para lograr esa finalidad —esto es, no resiste el comienzo del test—, entonces la ley lesiona, principalmente, el *derecho a la igualdad* (CCBA, 11; C.N., 16). Esta opinión es aquella que emití en los votos de los pronunciamientos del TSJ en las tres causas que ya mencioné como antecedentes. Así, la apelación a un “interés estatal urgente e insoslayable”, o a “una justificación extraordinaria y precisa” (y su demostración razonable), constituyen ejemplos de una superación exitosa, en principio, del test del escrutinio elevado al que antes he aludido, por oposición, por ejemplo, a una mera mención de fines, propósitos o intereses.

Empero, como ya lo sostuve en “Salgado”, “[p]ara facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador o por el poder reglamentador, el constituyente porteño ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de esconder motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación”.

“El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera racionalidad. El Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No basta, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar [o, agrego ahora, argumentar que asiste al Estado la potestad de reglamentar el ejercicio de un derecho de un modo que considere meramente razonable y conveniente], sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación en principio prohibida para cumplir esos fines. No se trata, sin embargo, de una carga imposible de cumplir... Basta señalar, por ejemplo, que un motivo legítimo de uso de clasificaciones ‘sospechosas’ para efectuar un distinción legal es, justamente, el de remover ‘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’ (conf. art. 11, CCBA, párr. 3°). Queda plenamente justificado, así, un trato distinto impuesto legalmente para favorecer la inserción social de un grupo considerado vulnerable o históricamente excluido o disminuido en su participación en la vida de la comunidad —v. gr., la imposición de un cupo obligatorio de empleo para personas con necesidades especiales, art. 43, CCBA, la ‘promoción del acceso a los servicios públicos para las (personas) que tienen menos posibilidades’, art. 17, CCBA, o las ‘acciones positivas’ que permitan ‘la igualdad real de oportunidades y trato entre varo-

nes y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales’, art. 36, CCBA” [consid. 4].

Asimismo, como lo expresó el juez Muñoz en la misma causa (“Salgado”): “En el derecho latinoamericano, una reciente sentencia (la n° 371/00, del 29/3/2000) de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia sigue un criterio semejante cuando expresa: ‘El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, v. gr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que ‘i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.’ El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad”. En la sentencia confluyen, pues, la técnica de las “categorías sospechosas” del derecho norteamericano y la de las “cláusulas específicas” de la jurisprudencia española [consid. 4].

En el caso “Repetto”, ya mencionado, la CSJN se aproximó, como nunca antes lo había hecho, a fundar su decisión bajo los términos del escrutinio estricto, aun cuando la Constitución local, merced a la enunciación de factores de distinción *prima facie* prohibidos, contenida en su art. 11, asegura un marco de igualdad aparentemente más amplio que aquél garantizado por la Constitución federal. Como lo destaca la actora, “la C.N. establece un piso; nunca un techo” (fs. 32). Específicamente en materia de nacionalidad como categoría sospechosa, ese amparo más amplio tiene otra faceta en la circunstancia de que la propia CCBA, tras consagrar el principio general en el art. 11, puntualiza los únicos tres casos excepcionales en que cabe exigir la nacionalidad argentina para el ejercicio de ciertos cargos: diputado (art. 70); jefe de gobierno (art. 97) y juez del TSJ (art. 112) cargos que, desde luego, se suman a los cuatro supuestos que, en idéntico sentido, rigen por imperio de la Constitución Nacional: para ser diputado nacional (art. 48); para ser elegido senador (art. 55); para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación (art. 8°); y para ser juez de la Corte Suprema (art. 111). Ninguna ley puede extender las excepciones fijadas por el texto constitucional.

3. La fuerte presunción de invalidez que genera sobre la norma en crisis la distinción entre nacionales y extranjeros para el ejercicio de derechos fundamentales, obliga, en primer lugar, a la Legislatura local a identificar y a acreditar la configuración de razones objetivas o de “interés general urgente o insoslayable” que, como fue mencionado, es menester probar para tener por justificada la inclusión de un criterio de distinción sospechoso.

¿Cuál es ese interés en el supuesto de las disposiciones contenidas en el art. 8º, inc. a), de la ley 404 y en el art. 2º, inc. a), del dec. regl. 1624/00, normas que establecen como requisito de inscripción en la matrícula profesional de los escribanos ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización? Más precisamente: ¿cuáles son las razones de orden grave e insoslayable que satisfacen los extremos del escrutinio estricto, o examen elevado, al que refieren los apartados 1 y 2? Ante todo, corresponde aclarar que tales razones, si su identificación resulta posible, deben buscarse principalmente en los debates parlamentarios que precedieron la sanción de la norma impugnada, y el mejor resultado de esa búsqueda consistiría en que esa motivación provenga de la argumentación de los representantes de los ciudadanos de Buenos Aires. Subsidiariamente, cabe atender y ocuparse de aquellos motivos esgrimidos por la demandada en esta acción declarativa, puesto que ellos pueden revestir valor hermenéutico, como enunciados que expliciten la intención del legislador local al sancionar la norma y, así, el sentido de ella y del uso limitativo de una distinción “sospechosa”. Anticipo que ninguna de estas fuentes resulta satisfactoria para nuestro escrutinio: verificar la cancelación de la presunción de ilegitimidad; por lo contrario, se verifica la confirmación de la inconstitucionalidad que recae sobre las normas analizadas.

En cuanto a los debates parlamentarios, los legisladores locales, en lo atinente a la exigencia impuesta por el art. 8º, inc. a), de la ley 404, se remitieron a los argumentos oportunamente expuestos por los representantes que impusieron un recaudo análogo al sancionar la ley 12.990 —considerada como un hito decisivo en la historia del notariado local— en 1947. Curiosamente, en la discusión parlamentaria de esta primera regulación integral en nuestra jurisdicción, nada se argumentó en punto a la exigencia de nacionalidad. En cambio, el único precedente del debate coincide con la sanción de la ley 1.144, que data de 1881, cuyo art. 143 dispone: “Para optar por el cargo de escribano público se requiere: ser ciudadano argentino, mayor de edad, haber cursado los estudios y cumplido las demás formalidades que esta ley previene”.

Si examinamos la respuesta que el senador Del Valle ofreció como contrapunto a las objeciones formuladas por el senador Argentó, quien se oponía a la exigencia de nacionalidad impuesta por la norma transcrita por reputarla incompatible con la única condición establecida por la Constitución Nacional para el desempeño de un empleo público, la idoneidad, advertiremos que en ningún debate parlamentario referido a la organización del notariado, algún

representante articuló un solo argumento convincente que permitiera esclarecer “la intención del legislador” subyacente a la exigencia que nos ocupa. Como se aprecia claramente a partir de la contestación del GCBA a la acción declarativa bajo análisis, o de las ideas vertidas durante la audiencia de abril en el TSJ, el debate parlamentario en torno al requisito de la nacionalidad en la ley de 1881 —que no tuvo otro sustento que una (por cierto sumamente familiar) enunciación de supuestos motivos que no superaron o cancelaron la presunción de ilegitimidad e irrazonabilidad ínsitas en tal exigencia—, sólo anticipó la mera enumeración de motivaciones tan sólo presuntas que, ciento veinticinco años después, ofrecería el Gobierno de la Ciudad. No obstante ello, cabe reconocer un argumento de excepción que, aunque insatisfactorio, puede valorarse como fundado en una convicción comprensible dentro del horizonte que definía la tradición de aquella época (en la que, por lo demás, eran ignoradas las exigencias del escrutinio estricto). En efecto, como lo pone de manifiesto la accionante, de las transcripciones parciales de estos debates, incorporadas a la demanda (véase fs. 35/36), se desprende que “nuestros legisladores sí consideraron restringir el ejercicio del notariado a los extranjeros. Pero esta restricción se limitaba a quienes no fueran ciudadanos y sólo por las grandes facilidades ofrecidas a todo aquél que quisiera obtener la ciudadanía; no porque los extranjeros no pudieran dar fe pública ni por ninguna razón fundada en la necesidad de defender valores básicos de la Nación Argentina” (fs. 36).

Ahora bien: la ausencia de fundamentación en las discusiones parlamentarias (en las que *no se debatió* la exigencia de nacionalidad; véase la 14ª Sesión Ordinaria del 15/6/2000, ocasión en que tuvo lugar el tratamiento de la ley 404), permite concluir que la Legislatura no se ha tan siquiera aproximado a brindar la requerida “justificación fuerte” para la inclusión de una categoría —de modo limitativo— que tñe a la norma en la que figura de una presunción de ilegitimidad e inconstitucionalidad manifiestas.

4. Si la ausencia de fundamentación en tal sentido es prácticamente total, cabe atender ahora, subsidiariamente y para completar el test, a las razones ofrecidas por el GCBA en su contestación de la demanda y en la audiencia. Como no estimo que la demandada haya ofrecido razones, sino una mera enumeración de fines que, en el mejor de los casos, no justifican y, en el peor de ellos, potencian o “incrustan” aún más la discriminación, considero ilustrativo reproducirlos.

El GCBA responde que la actora: a) “otorga una hipertrofiada atribución de sentido al principio de igualdad” (fs. 92 vta.), sin que en punto alguno de su escrito la demandada explique qué significa en este contexto ese desarrollo excesivo en que consiste la hipertrofia, ni cómo, por vía interpretativa, la accionante puede “aumentar” el sentido del principio de igualdad; b) la distinción que se cuestiona entre nacionales y extranjeros “admite el llamado ‘test de razonabilidad’” para el caso genérico (afirmación que supondría eli-

minar el test impuesto por el art. 11, CCBA que, parece fundamental remarcarlo, *no es una opción* frente a las más laxas exigencias del tradicional examen de razonabilidad, sino un mandato subyacente a la decisión misma del constituyente local, al incorporar un artículo como el mencionado); *c)* la demandada da por supuesto o cierto que a la ley que se impugna parcialmente subyacen “distinciones valederas” (93 vta.), pero en momento alguno del escrito sugiere cuál es el sustento de tales distinciones, o por qué “valen” argumentativamente; *d)* el Gobierno *meramente afirma* que las normas impugnadas no son “persecutorias, hostiles o estigmatizantes” (fs. 94). Como puede apreciarse, la respuesta no es una reformulación selectiva, sino, antes bien, una mera afirmación de los (malos) motivos que son esgrimidos como pretendidas (buenas) razones. De ello se desprende que cada respuesta deja una formulación que, sin ser ininteligible, resulta vacua, dogmática, y asume como probado aquello que debe demostrar.

5. La contestación afirma, también, que la norma impugnada “[n]o discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre nacionales y extranjeros” (fs. 94). Este aserto es doblemente verdadero: las disposiciones en crisis discriminan, en primer lugar, entre nacionales y extranjeros y no distinguen ilegítimamente entre clases de extranjeros, pero, además, lo curioso es que también distinguen entre *clases de argentinos* (los nativos, los naturalizados con una antigüedad de 10 años de su expresión de voluntad de ser argentinos y, por fin, los naturalizados con menos de 10 años desde ese momento —argentinos también, al fin y al cabo—). Así, se trata de normas que asignan un mayor valor al azar de haber nacido en suelo argentino que al hecho de haber elegido y abrazado esa nacionalidad (y, además, pretenden inyectar ese supuesto valor agregado a la exigencia de idoneidad), y, dentro de esta última categoría, distinguen nuevamente en razón del tiempo transcurrido desde el momento de la elección de la nacionalidad argentina. El absurdo no sólo de imponer esta exigencia, sino de negar toda hostilidad, prejuicio, sospecha o desconfianza sobre el extranjero y los nacionalizados excluidos por imperio de aquélla es, en verdad, y como desarrollaré más profusamente en los siguientes considerandos de mi voto, insostenible.

En un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en el que se resolvió que es inconstitucional la ley que excluye al argentino naturalizado de la posibilidad de ingresar a la policía provincial —pronunciamiento ejemplar— la jueza opinante, Sra. Kemelmajer de Carlucci, dijo que: “La decisión discrimina a un argentino sobre otro sólo por el lugar donde ha nacido y no atiende a su voluntad real, que ha sido abandonar su nacionalidad chilena para tomar la argentina; consagra, de este modo, una discriminación disparatada, absurda, arbitraria y reñida con el más elemental sentido común porque ... [r]esponde a criterios propios de formas de gobiernos autoritarias; el liberalismo ínsito en nuestra Constitución, en cambio, exige que las diferencias sean justas y, en el caso, el hecho de que Sanhueza sea agente de la

policía de Mendoza no pone en riesgo alguno ni la soberanía del país ni la seguridad de la república” (SCJ Mendoza, Sala I, “Sanhueza, Fernando F.”, *LL*, 1996-C, 526, con nota aprobatoria de Carlos E. Colautti —*DJ*, 1996-1, 947).

6. La demandada y el tercero coadyuvante también esgrimieron, como era previsible, el argumento del carácter de la función notarial como función pública: “La distinción legal (...) encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función pública que se llama a desempeñar” (fs. 94). Con él creen haber superado las exigencias del escrutinio estricto: “Como se ha visto el requisito de la nacionalidad por origen o por opción, *no resulta una ocurrencia estrafularia* [sic] impuesta en la ley 404” (fs. 95; énfasis suplementado), glosa que no puede ubicarse en el mismo nivel que la cita del señor juez Lozano, que la demandada reproduce luego: “En este orden de ideas vale recordar que no declarar inconstitucional una ley no equivale a aplaudir su contenido” (fs. 97 vta.), juicio que, desde luego, comparto.

El carácter de las funciones del notario como “depositario paradigmático de la fe pública” (fs. 95 vta.) y la completa inatención de estas competencias y tareas respecto de la exigencia de nacionalidad argentina (y su origen o modo de obtención), como supuesta modalidad legítima de reglamentación del ejercicio del derecho a desempeñar un empleo, incluso público, no resisten la crítica. Para desestimar su importancia basta la cita del caso “Vadell” (*Fallos* CSJN: 306:2030) y unos pocos ejemplos atinentes a la cuestión.

Tanto la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, como la señora jueza Ana María Conde, quienes me precedieron en el voto, analizan extensamente el carácter de las funciones del notario a fin de establecer si corresponde considerarlo un funcionario público. Yo acepto, al menos como hipótesis, como la jueza Alicia Ruiz, el criterio sostenido por la CSJN en el precedente de 1984, “Vadell”, ya citado, esto es, una caracterización de las atribuciones del notario que derivan en la dualidad de su estatus, esto es, en la idea de que, no obstante cumplir una función pública como fedatario en virtud de una delegación estatal, el escribano es un profesional liberal que no integra la Administración pública. Sin embargo, más allá de que me conforman los argumentos en uno y otro sentido de las juezas Ruiz y Conde, el carácter de estricto profesional liberal, funcionario público o una caracterización intermedia de las funciones del notario no constituye el fundamento de mi voto. No podría ser de otra manera, desde que yo consideré que no se ajustaba a derecho la incorporación por parte del Consejo de la Magistratura de una restricción basada, precisamente, en la nacionalidad como requisito de inscripción en un concurso para *secretario judicial*. En ese caso, sostuve que “[R]esulta claro que los requisitos constitucionales y legales para ocupar el cargo al que postuló la actora son la mayoría de edad, el título de abogado y la idoneidad, factor este último para cuya verificación se articula el respectivo concurso.

“El Consejo de la Magistratura no tiene facultades para crear nuevos requisitos no previstos por la Constitución... Su función al respecto se limita a “seleccionar mediante concurso público de antecedentes y de oposición a los candidatos a la magistratura y al Ministerio Público que no tengan otra forma de designación prevista por esta Constitución” (art. 116.1, CCBA). Tiene, claro está, atribuciones para reglamentar en forma razonable el llamado a concurso, pero esta atribución jamás puede implicar incorporar nuevos requisitos que signifiquen llanamente la exclusión de postulantes a partir de características tales como la nacionalidad. Aceptar este temperamento implicaría tanto como colocar un reglamento de concursos por sobre la Constitución..., conclusión desde ya insostenible.

“Por lo demás, la función de ‘dictar los reglamentos internos del Poder Judicial’ o la de ‘reglamentar el nombramiento... de los funcionarios y empleados, previendo un sistema de concursos...’, no comprende, tampoco, la potestad de crear requisitos *sine qua non*, que no han previsto la Constitución, ni la ley; más aún, cuando se trata de reglamentar un derecho constitucional acordado a los vecinos de esta Ciudad (CCBA, 11, II y III), que ninguna reglamentación ‘puede cercenar’ (CCBA, 10). De tal manera, sólo la misma Constitución puede, propiamente, fijar excepciones a ese derecho —como lo ha hecho, p. ej., con la nacionalidad de los jueces de este Tribunal (CCBA, 112) y con otros funcionarios—. *A lo sumo podría pretenderse que una ley parlamentaria tenga aptitud para reglamentar derechos constitucionales, de manera razonable, sin alterar su ejercicio (C.N., 28), actividad que, en el caso (falta de discriminación por nacionalidad o exigencia de la nacionalidad argentina para ocupar ciertos cargos), resulta poco menos que imposible* [énfasis agregado] (...).

“Huelga extenderse en consideraciones acerca del sentido que debe asignarse al art. 11, CCBA. Resulta evidente que no se trata de una disposición antojadiza: la Constitución de la Ciudad recoge en ella la tradición fundacional de nuestra historia constitucional, expresada por el pensamiento de Alberdi y Sarmiento, y encarnada en el Preámbulo y en el art. 20, C.N. Nuestra nación es una nación creada a partir de la promesa de igualdad de trato a los extranjeros, y del fomento de la inmigración sobre la base de esa promesa. Si algo ha caracterizado la formación de una ‘identidad nacional’, es justamente esa política de apertura hacia ‘todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’. En nada se honra esa tradición cuando, al momento de evaluar concretamente la racionalidad del establecimiento de barreras de nacionalidad para aspirar a un cargo ni siquiera remotamente vinculado con materias de soberanía o seguridad nacional, se acude a afirmaciones genéricas que dejan de lado la letra expresa de la Constitución. (...) Por todo ello, corresponde acoger el recurso de queja y anular la resolución del Consejo de la Magistratura que rechaza su postulación al concurso de marras” (“Gottschau, Evelyn Patricia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, expte. n° 361/00, resolución del 20/6/2000).

Pero, además, se trata de un yerro el creer, al menos en nuestra organización social, que el hecho de que alguna materia integre como deber la tarea o la política estatal convierte de por sí al prestador de ella en un funcionario público. Al respecto, ha sido siempre totalmente claro que la función notarial, en especial en la compraventa de inmuebles y otros actos jurídicos que requieren escritura pública, no ha sido confiada sino por excepción a funcionarios públicos (sistema del folio real, como, por ejemplo, sucede con el registro civil y el estado de las personas, o con el registro de automotores y la transmisión del dominio sobre ellos), sino que la legislación ha optado por crear una profesión liberal organizada para ello. La salud pública, en el sentido de la prestación médica, es, sin suda, una tarea estatal, en tanto el acceso de toda la población a la medicina hasta un determinado nivel debe ser garantizado, pero esta caracterización no importa, de manera alguna, que todos los médicos sean funcionarios públicos y mucho menos todavía que los médicos —aun aquellos que son funcionarios públicos—, para ejercer su profesión, deban ser necesariamente argentinos nativos o naturalizados con más de 10 años de antigüedad en la opción por alguna razón *estratégica* como supone la defensa del caso de los escribanos. En una función tan típica estatal como la seguridad común (la policial en el más estricto de los sentidos institucionales) se admite, aun con reservas, su cumplimiento por empresas y prestadores privados, cuyos agentes no son reconocidos como funcionarios públicos por el mero hecho de cumplir una función también estatal. Algo parecido sucede con la garantía del acceso a la justicia, según la cual el Estado brinda auxilio jurídico a quien no puede ocurrir ante un abogado que ejerce esa profesión como liberal. Por ende, como dije, el hecho de que se trate de una función pública, regulada por el Estado y, en ocasiones, desempeñada por sus propios agentes, nada prueba acerca la validez de la discriminación por la nacionalidad y mucho menos entre nacionales nativos o por opción, y menos aún por el tiempo transcurrido desde la opción. Como también lo expresé, ni siquiera es posible sostener legítimamente la discriminación por la categoría completa “funcionario público”. De este modo, aun por suposición de esta calidad en todos los escribanos, no se arriba a la satisfacción del test indicado. No resulta entonces ocioso mencionar que, a mi juicio (causa 3103/04, resolución del 31/3/2005, ya mencionada, caso de la exigencia de nacionalidad argentina para la docencia pública, iniciado también por quien aquí es actor), cada vez que el Gobierno o la Legislatura defienden el uso de esta categoría sospechosa para limitar el acceso a una facultad determinada (en el caso la explicación versaba: imposibilidad o dificultad para asumir ciertos valores “argentinos”) contribuyen a ahondar la discriminación de las personas afectadas, esto es, de las pertenecientes a la categoría objeto de la prohibición.

No es, por tanto, explicación alguna de la necesidad discriminatoria absoluta, conforme a los fines de la institución del notariado, como lo veremos al tratar el capítulo de la *idoneidad*, la fuerte carga de emotividad que los

demandados depositan en el concepto de *dación de fe*, a partir del cual se estructura toda la enumeración de los motivos aludidos para discriminar. Tampoco lo es la referencia a que la exigencia discutida en esta primera parte de la demanda es una respuesta política, antes que jurídica —“razones de oportunidad y conveniencia” (fs. 96)—, que continúa una larga tradición: la respuesta política carece de razón de ser y constituye un anacronismo del Gobierno de la Ciudad (25 lustros), como antes lo fue del legislador local, la negativa a revisar esta tradición, sobre todo de frente a la realidad de una nueva Constitución, clara y moderna al respecto.

7. Más oscuro se torna el intento de desentrañar la finalidad perseguida por el legislador local al sancionar el texto de esta norma a propósito de la exigencia de ser *argentino naturalizado con no menos de diez años de naturalización*. Me abstengo de imaginar una posible contestación a esta pregunta por parte del Gobierno y de la Legislatura, pues todavía recuerdo la alusión a la acción de “regalar ciertos valores” supuestamente nacionales, “sentimientos irracionales (*sic*, énfasis aportado) que tienen que ver con la identidad nacional”, inexigibles para un extranjero y ahora para un nacional con menos de diez años de opción voluntaria por la nacionalidad argentina, fórmulas que, en el mejor de los casos, considero vacías de contenido y sin relación con el caso (expte. n° 3103/04, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”), que, como se observa, ni siquiera superan un test de racionalidad común. Todas estas aseveraciones tienen en común su carácter contradictorio y hasta absurdo en el intento de ocultar motivaciones discriminatorias presumidas. Ninguna explicación plausible se ha dado acerca los propósitos de *interés superlativo* que, supuestamente, habilitarían la excepción discriminatoria.

Como lo afirma la actora, “¿[e]n qué puede verse modificada la idoneidad de una persona de origen nacional distinto al argentino (que conoce el idioma, las leyes del país y el trato entre sus ciudadanos) por el hecho de estar naturalizado desde hace dos años o diez?” (fs. 36 vta.). Al profundizar en la idea de la génesis del prejuicio en generalizaciones categóricas sin base en datos adecuados, afirma la Dra. Kemelmajer en su voto *in re* “Sanhueza”, ya citado: “¿Por qué debe presumirse, sin admitir prueba en contra, que sólo puede ser buen custodio de la seguridad alguien que nació en el territorio o nació fuera pero de padres nativos y que, en cambio, debe ser excluido aquél que por un acto consciente, fruto de su propia voluntad, deja su nacionalidad de origen para abrazar la Argentina? ¿Qué criterio de razonabilidad sustenta esta distinción? ¿Por qué debe favorecerse la casualidad por sobre el acto de decisión?” (consid. 10.III).

8. La discriminación es la expresión manifiesta del prejuicio, dado que el prejuicio es el término que se aplica a las generalizaciones categóricas basadas en datos inadecuados y sin atenderse suficientemente a las diferencias indivi-

duales. Desde el punto de vista psicológico, se refiere a un tipo de hostilidad en las relaciones entre personas dirigida contra un grupo o contra cada uno de los miembros de un grupo; suele cumplir una función irracional específica para el que la sustenta. El prejuicio puede considerarse, pues, como el estado mental que da lugar a la práctica de la discriminación. A propósito de las relaciones entre la discriminación y el prejuicio, la creencia en la flexibilidad de las nociones de *mérito* e *idoneidad* para inyectar en ellas contenidos que, originados en el prejuicio, no resisten ni siquiera la vinculación semántica (o de cualquier tipo) con dichos conceptos, Claudio Marcelo Kiper (*La discriminación*, LL, 1995-B, 1027/1028) explica que, en su acepción popular, “discriminar” significa “establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos; la discriminación es, entonces, el trato diferencial de los individuos pertenecientes a un grupo social determinado”.

III. *La supuesta vinculación del caso con la exigencia de idoneidad. Jurisprudencia sobre notarios extranjeros*

I. Ya se señaló que la exigencia de nacionalidad (de origen u obtenida merced al trámite de la naturalización que, además, no puede ser inferior a los diez años) no guarda punto de contacto alguno con el requisito de idoneidad para desempeñarse como notario. Específicamente, fue descartada cualquier pretensión de asociar conceptualmente la capacidad para ser fedatario público del hecho azaroso de ser argentino nativo o del voluntario de ser argentino naturalizado (cualquiera que sea el tiempo durante el cual se haya ostentado esta condición). Aunque el análisis exhaustivo de la idoneidad para ser escribano excede claramente el marco de la acción examinada, parece oportuno explicitar ciertos rasgos que, a mi juicio, están en la base del acto de dar fe y, de este modo, mostrar indirectamente cómo esas notas en nada dependen de, o para nada remiten a la nacionalidad del fedatario. Como lo esclarece en su meditado voto la jueza Ana María Conde, no obstante mi desacuerdo con la solución que ella propone, el progreso y desarrollo de una sociedad requiere de la confianza en los escribanos “que instrumentan los diversos contratos propios de la vida negocial, documentan la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, fiscalizan el cumplimiento de las prescripciones exigidas por las leyes para validar los diversos actos jurídicos, otorgan fe acerca de la identidad de las personas y de sus firmas, etc. Parte de esa confianza se genera a partir de la comprensión, *mediante el sentido común*, de la normativa que regula la actividad” (punto 4, énfasis aportado). A partir de este enunciado, evoco ciertos presupuestos del acto de la dar fe que, según concluye mi colega, son constitutivos de la idoneidad del escribano, recaudo éste que genera la confianza en sus actos profesionales (para lo cual se presume, cuestión que no está en debate en esta acción, el conocimiento y la comprensión de la normativa reguladora de la actividad que desarrolla).

Como se aprecia, no es menester en este caso ponernos xenófobos: la acción de dar fe requiere esencialmente del debido conocimiento de las normas aplicables, conocimiento que se supone y no queda discutido por esta acción, que, al lado de otros factores comunes a una persona normal, sin interdicciones, califican la idoneidad profesional del notario. El punto a resaltar es que ninguna de esas exigencias depende de la nacionalidad: el conocimiento del derecho aplicable es asequible para quien lo desee y pueda adquirirlo y dé prueba suficiente de esa adquisición; el componente epistemológico puede ser, por cierto, más complejo, pero así como se presume de toda persona, incluidos los jueces y los abogados, por ejemplo, que, en principio, ella será capaz de distinguir diversos hechos o elementos reales y su significado común, del mismo modo se presume que, tras su capacitación como notario, una indeterminada serie de símbolos será para el sujeto una escritura de la que, entonces, podrá dar fe. Si de lo primero da fe un comerciante, por ejemplo si nos entrega un periódico y no otra cosa, cuando lo primero es el objeto que requerimos adquirir en su local, se tratará de un comerciante confiable (o simplemente, de un comerciante). Si lo que requerimos es que el sujeto dé fe de una escritura pública en la que —para simplificar— todos los que allí figuramos somos efectivamente quienes decimos ser, bajo las condiciones adicionales requeridas por tal instrumento, en principio esa persona es un buen fedatario (o simplemente, un notario). No pretendo demostrar que la capacidad para vender un periódico y la capacidad para dar fe de una escritura sean la misma cosa: pretendo mostrar el modo como, en el casi infinito espectro de las habilidades humanas, la correspondencia con una determinada nacionalidad no es significativa. Sólo quisiera agregar que la honradez, la seriedad y la condición moral, virtudes que provoca la confianza necesaria que, al parecer, se exige de un notario en homenaje a la seguridad de sus actos, no sólo no son patrimonio de los argentinos nativos o nacionalizados hace más de diez años, sino que no son patrimonio de nacionalidad alguna. He realizado en el extranjero actos que necesitaban de la fe pública y, aun cuando no pretenda compararlos con los nacionales en estricto sentido, no sólo nada tienen que envidiarle a los realizados en la República —con los cuales alguna vez tuve un problema—, sino que, antes bien, me satisficieron por su contenido.

2. Antecedes a la conclusión a la que arribo diversos precedentes judiciales, por demás valiosos. Catorce años atrás, el Consejo Superior de la Provincia de Mendoza, por aplicación del art. 77, inc. 2º de la ley 3058, denegó la solicitud de una escribana para desempeñarse como adscripta a un registro del que era titular su madre hasta tanto justificara ser “ciudadana argentina en ejercicio” (*sic*). La escribana planteó recurso de alzada contra esa resolución y la Sala 3ª de la Suprema Corte de Mendoza, por resolución unánime del 23 de octubre de 1992, hizo lugar al recurso y revocó la resolución del Consejo, al disponer que éste dictara una nueva disposición ajustada a la sentencia

(“Linares Carosio, Martha D., recurso”; publicado en *Revista del Notariado*, n° 836, pp. 143/147). El fallo al que aludo se sustentó en el art. 20 de la C.N. y estableció que, si bien todas las garantías constitucionales están sujetas a las leyes que reglamentan su ejercicio, en el caso sometido a decisión de la Suprema Corte provincial, la exigencia de la nacionalidad argentina para desempeñarse como escribano público no logra superar el test de razonabilidad (el precedente importa en el *sub examine*, puesto que la ADC plantea subsidiariamente este argumento, el del examen de razonabilidad, en caso de que el Tribunal no acepte como encuadre analítico-normativo de la acción declarativa de inconstitucionalidad que trae a estos estrados el más estricto test del escrutinio estricto, con base en el art. 11, CCBA y su correlato conceptual, referido a las “categorías sospechosas”). En el caso resuelto por el tribunal de Mendoza, los magistrados sostuvieron que resulta imposible, sin incurrir en discriminaciones odiosas, presumir *iure et de iure* que el notario extranjero no será buen depositario de la fe pública delegada en él por el Estado, en concordancia con el dictamen del Procurador General. En su fallo unánime, el tribunal de Mendoza refiere al precedente de la Corte Federal en la causa “Repetto”, ya citada, y evoca la cita de Joaquín V. González que integra el consid. 4° de ese fallo, correctamente descripto por los jueces que lo hacen suyo como un *leading case* (punto 6°, b): “Con respecto al derecho profesional, los llamaremos así, la Constitución Argentina es, como en todas las otras materias, una de las más liberales que se conoce, pues, todos los derechos que consagra en tal sentido son iguales para el nacional y el extranjero (*Obras completas*, t. VII, p. 467)”. En verdad, GONZÁLEZ, J. V.: *Manual de la Constitución Argentina*, n° 219, fue más amplio: “....esta declaración, que se aparta en mucho del modelo norteamericano, se propone establecer la igualdad civil entre ciudadanos y extranjeros y confirmar expresamente algunos derechos que por razones de conveniencia, de religión o de costumbres, algunas naciones no conceden al extranjero y ratificar al mismo tiempo las estipulaciones del tratado con Inglaterra de 1825”.

Específicamente en punto al test de razonabilidad, la Corte mendocina anticipa que la norma impugnada es inconstitucional, en tanto no representa una mera reglamentación del derecho a trabajar, sino su propia negación (consid. 3°), y reflexiona como sigue: “¿Cuál es el mal que se quiere evitar con la prohibición? Si ese mal es el incorrecto ejercicio de la fe pública, ¿es la prohibición absoluta al extranjero el medio adecuado? ¿Puede la ley, razonablemente, y sin caer en discriminaciones odiosas presumir —*iure et de iure*— que un notario extranjero no será buen depositario de la fe pública delegada por el Estado? La respuesta negativa se impone... A tal efecto *recuérdese que muchos instrumentos públicos, que no son escrituras públicas, también están dotados de presunción de veracidad y son expedidos por funcionarios a los cuales la ley no exige el requisito de ser argentino*” (punto 6°, c), énfasis suplementado). A ello agrego que una buena cantidad de relaciones jurídicas

que desembocan en la República Argentina tienen su origen o dependen de actos de fe pública realizados en el extranjero (piénsese en un poder o en la celebración del matrimonio). Finalmente, la Corte provincial refiere múltiples casos en que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha declarado la inconstitucionalidad de leyes discriminatorias de los extranjeros residentes, no obstante el hecho de que el texto constitucional de ese país es notablemente más restrictivo que el de nuestra Constitución. Así, por ejemplo, los jueces citan los casos “Griffiths” (1973), en el que la ley prohibía a los extranjeros el ejercicio de la abogacía; o “Examining Board v. Flores de Otero” (1976), para el ejercicio de la profesión de ingeniero civil, para remitir luego a un examen jurisprudencial más amplio ofrecido por Alberto Garay en *LL*, 1989-B-938, “quien relata las vicisitudes jurisprudenciales respecto de la policía y concluye: ‘Nuestras frecuentes y retóricas apelaciones al nacionalismo, al patriotismo, a la democracia y a tantas otras bien intencionadas ideas, deben ser revisadas’” (consid. 6º, c). Del mismo modo, el decisorio al que hago referencia refiere acertadamente que el derecho comunitario europeo también da cuenta permanente de este tipo de disposiciones rectificatorias del mandato constitucional a la igualdad, y reconoce como la más característica del orden jurídico comunitario la exigencia que prohíbe las discriminaciones fundadas en la nacionalidad (véase DUBOIS, Louis: “El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de la protección”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 575).

En un comentario laudatorio del fallo “Carosio”, el recordado Germán Bidart Campos escribía: “[t]odavía a esta altura de los tiempos estamos ante la ridícula exigencia de la nacionalidad argentina para muchas cosas que nada tienen que ver con que se sea nacional o se sea extranjero. Ha hecho muy bien la Corte de Mendoza en puntualizar todo lo que, sobria y razonadamente, dice en este decisorio. El órgano notarial de la provincia denegó la adscripción a un registro notarial a una profesional que no era argentina. El superior tribunal ha revocado la decisión respectiva (...).

Por más que sea verdad que ningún derecho es absoluto, la reglamentación que, so pretexto de ser relativa, impone tan arbitraria condición como la de ser argentino, pugna frontalmente con la Constitución. /Hoy, a la ya aludida altura histórica del tiempo en que vivimos, cuando el derecho internacional de los derechos humanos los ‘internacionaliza’, es anacrónico que un Estado que, como Argentina, ha ratificado tres tratados sobre derechos humanos, utilice un criterio discriminatorio tan inicuo como el que la Corte de Mendoza ha tenido —en buena hora— que descalificar e inaplicar” (*ED*, 150-518).

3. Como sostuve en “Salgado”, es necesario subrayar que el cambio del paradigma constitucional referido a la eliminación de la discriminación implica también una modificación en la forma misma de concebir la discriminación. Mientras que en el pasado se recalcaba el componente subjetivo dañoso

(los “fines de ilegítima persecución”), la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis —más que en aquel componente subjetivo— en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio. Por supuesto, atento a sus efectos, los casos de discriminación persecutoria o explícita quedan también comprendidos en este segundo enfoque, pero —dado que la expresión de motivaciones subjetivas persecutorias o discriminatorias es un fenómeno asaz extraordinario en la legislación— una aproximación objetiva, a partir de la “sospecha” de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

En esta inteligencia, y aunque la jurisprudencia de la CSJN en el orden de las clasificaciones sospechosas, específicamente en punto a la categoría de “extranjeros”, haya exhibido, en general, cierto carácter restrictivo en el contralor de desigualdades legislativas y administrativas, graduales desarrollos (que no fueron lineales, ciertamente) permitieron derivar en el decisivo precedente sentado en la causa “Repetto”, varias veces mencionada en este voto. En dicha causa, la CSJN reconoció la *equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros* en lo que concierne al goce de derechos (civiles o de otra naturaleza). Los magistrados expresaron: “Es de la competencia originaria de la Corte la demanda contra la provincia de Buenos Aires, cuya finalidad es que se declare la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de esa provincia, vigente por resol. 2877 (ex Ministerio de Educación) del 17/7/1959 (...) como asimismo del art. 4º, inc. a) del dec. 4 del 4/1/1980 [posteriormente declarados inválidos e inconstitucionales en el mismo pronunciamiento], que imponen el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática” (...) “En cuanto al ejercicio de los derechos civiles, y *especialmente al desempeño de sus profesiones*, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional [las bastardillas son propias], de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución”. Y, en relación estrecha con el caso bajo estudio: “Si se prohibiese a los extranjeros el ejercicio del derecho de enseñar —no sólo en el ámbito de la educación estatal sino también en el de la privada— ese derecho, o el ejercicio de la profesión de maestro, les estará totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo efecto al art. 20 de la Constitución en cuanto les asegura los mismos derechos civiles que a los argentinos y, en el caso, el ejercicio de la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente”.

4. Si se traslada aquello hasta aquí expuesto al caso bajo examen, advertimos que:

- a) la actora ha demostrado cabalmente el empleo por parte de la legislación local de una de las “clasificaciones sospechosas” señaladas por el art. 11, CCBA, en el caso, la nacionalidad;
- b) el Estado, a su turno, no ha justificado la necesidad del empleo de esta clasificación para encarar una distinción de trato que, en este caso, excluye a un grupo de personas —los extranjeros o los naturalizados argentinos con menos de diez años de naturalización— de la posibilidad de inscribirse en la matrícula profesional de los escribanos (ley 404, art. 8º, inc. a), y dec. regl. 1624/00, art. 2º, inc. a);
- c) las razones alegadas por el Estado, excesivamente genéricas a veces, implausibles otras (“razones” que, reitero, agravan el carácter arbitrariamente discriminatorio de la norma impugnada), no logran demostrar que la distinción resulte necesaria, tan siquiera adecuada, para alcanzar un fin legítimo, que no puede alcanzarse de manera menos lesiva.

5. Finalmente, corresponde detenerse en el mandato del párr. 3º del art. 11, CCBA, de acuerdo con el cual: “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”.

Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad. Entre los obstáculos “de cualquier orden” están, vale la pena recordarlo, los obstáculos legales. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada no hace más que remover un obstáculo por demás ilegítimo que, al limitar la igualdad y la libertad, impide el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, cultural, económica o social de la comunidad, y evita la demostración concreta de sus capacidades en una profesión de corte *universalista* (“dar fe”), a través de una exclusión genérica e infundada.

Por los fundamentos hasta aquí expuestos, y en lo que concierne a la primera impugnación formulada por la actora, voto por hacer lugar a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los arts. 8º, inc. a), de la ley 404 y 2º, inc. a), del dec. regl. 1624/00.

IV. El TSJ como Tribunal de Superintendencia del Notariado

1. La segunda impugnación central de la demanda ataca aquellas disposiciones de la ley 404 que suponen ampliar la competencia del Tribunal —específicamente, los límites de su jurisdicción apelada—, expresamente fijada por el art. 113, inc. 3º, CCBA.

Como lo han explicado aquellos colegas que me precedieron en el voto, cuando se sancionó la ley 404, que le asignó al TSJ facultades transitorias

para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado [TSN], el Tribunal emitió la acordada 8/00, para reglamentar aquella atribución. En ella consideró que la ley 404, art. 17, no había concebido sino de modo transitorio al TSJ como controlante del Colegio de Escribanos y del ejercicio de la profesión de escribano, hasta tanto pasaran a formar parte de la Ciudad órganos judiciales con competencia en derecho privado, en particular, debía presidir ese organismo de control el presidente de la Cámara Civil, una vez que ese fuero se estableciera en la Ciudad de Buenos Aires, órgano judicial con competencia en la materia notarial.

Debido al tantas veces mencionado procedimiento gradual de la creación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, que toman en cuenta no sólo cláusulas transitorias de la Constitución, sino, también, sentencias iniciales del TSJ, el Tribunal señaló siempre —aun cuando aceptó algunas excepciones transitorias como ésta por la que hoy se litiga debido a la transferencia gradual de competencias y órganos de gobierno— que su competencia originaria está expresamente determinada en la Constitución local, en el art. 113, CCBA, y que ella sólo puede ser alterada, disminuida o modificada por una reforma constitucional local: “La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y de los jueces. Tampoco se trata de una ‘competencia residual’ acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico (*in re* “Pinedo, Federico y otros c/GCBA s/amparo”, expte. n° 8/99 SAO, resolución del 18/2/1999; “Hilandería Islán S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)”, expte. n° 94/99 SAO, resolución del 27/9/1999; “Álvarez Caffaro, Roberto Enrique c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 139/99, resolución del 17/11/1999, entre muchos otros precedentes)”.

No cabe duda acerca de que la competencia de control sobre el Colegio de Escribanos y sobre la matrícula de esa profesión no está contenida en alguno de los supuestos determinados por el art. 113 de la Constitución local, de modo que no corresponde que el TSJ asuma el poder de policía y la tarea de superintendencia y disciplina que ahora la ley le atribuye de modo tan sólo transitorio. De tal manera, resulta para mí imposible no conceder razón a la acción de inconstitucionalidad interpuesta, que quien está legitimado a proponerla pone en acto, precisamente, porque no tolera el ejercicio permanente de un poder extraño a la previsión constitucional y desea expulsar ese segmento normativo de la vida jurídica de la Ciudad.

No obstante esa conclusión y dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, lamentablemente, se impone encontrar una solución que, hasta que aquello ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de conceder efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, la transmisión del poder de policía sobre la profesión de escribano al ámbito de la ciudad —parte de la autonomía práctica

concedida por la C.N., 129—, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires. Por esas razones, como juez del TSJ acordé con mis colegas:

“1º. Disponer que hasta tanto no quede constituida la justicia local, este Tribunal asumirá, *en forma excepcional*, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia” (acordada 8/00, del 9/8/2000, bastardilla mía).

2. Si se toma en cuenta: *a)* la reserva inequívoca que manifestamos los jueces respecto de la ampliación de la competencia originaria del Tribunal, dispuesta por la ley parcialmente impugnada, reserva inocultable según la mera lectura de la acordada 8/00; y *b)* el carácter transitorio y excepcional de la asunción de la potestad de superintendencia por el TSJ, justificada hace seis años por circunstancias configurativas de una coyuntura precaria que, estimo yo, ha mutado significativamente, al menos temporalmente, concluyo entonces que el segundo argumento impugnativo de la actora, que recae sobre los arts. 117, 120, incs. a) y b), 153 y 172, de la ley 404, resulta plenamente justificado, más allá de intereses y conveniencias.

Me parece sí excesivo, dada la inercia omisiva que ha caracterizado hasta ahora nuestro diseño y nuestra vida institucional como Ciudad autónoma, emplear la consecuencia típica de estas acciones sin matices. Si se repara en la importancia que una decisión como ésta tanto para la Legislatura de la Ciudad, como para los escribanos y el Colegio de escribanos, estimo como mejor resultado conceder un plazo —que no estimaré porque mi opinión no trascenderá según el fallo de mis colegas— para que la Legislatura dicte la norma reemplazante, esto es, determine el órgano que tomará a su cargo el control y la disciplina de la profesión notarial, tiempo durante el cual bien haría aquella institución en gestionar esa posibilidad.

Sólo a manera de ejemplo no me parece difícil la creación de un tribunal, incluso *ad hoc* o por designación temporal, que cumpla estas funciones, integrado por un profesor de instrumentos públicos de la Universidad de Buenos Aires, algún juez de Cámara de la Ciudad de Buenos Aires, elegido o por sorteo, y, si se quiere, presidido por un juez del TSJ —o su variante con un juez de Cámara u otro profesor de derecho privado—. Tampoco resulta difícil variar mínimamente el texto de la ley para integrar el Tribunal: las dos cámaras existentes en la Ciudad de Buenos Aires, reunidas en pleno, procederían a designar anualmente al presidente y a los jueces del tribunal de superintendencia para el próximo ejercicio, incluso con jueces unipersonales, si fuera preciso. En fin, existen varias opciones sencillas, para cubrir las cuales la peor de todas ha sido, sin duda, la atribución de competencia al TSJ, no sólo por sus implicaciones jurídicas, sino, antes bien, por sus implicaciones prácticas, que, si bien arribaron con demora, ya han producido efecto en el seno de las deliberaciones del TSJ aun antes de esta acción y con motivo de la interposición de un recurso.

V. La lesión supuesta del derecho a la doble instancia judicial

Este argumento es articulado por la actora, claramente, a modo de argumento subsidiario o accesorio —más allá del alcance a otorgar a la jurisdicción establecida por el TSJ en su carácter de TSN—, porque el sistema de “enjuiciamiento” (control) previsto por la ley 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia judicial, del art. 8º, n° 2, h, de la CADH. Sintéticamente expuesto, la actora argumenta que esta garantía no resulta aplicable únicamente a procesos penales y señala que no existen ni son concebibles razones de peso para trazar diferencias entre aquello que concierne a las responsabilidades disciplinarias del escribano y aquello atinente al proceso penal del ciudadano. Por último, afirma que la violación de la garantía de la doble instancia es aún más palmaria en los supuestos en que el TSJ actúa como “tribunal de primera y única instancia” para resolver en aquellos procesos disciplinarios en los que, a juicio del Consejo Directivo, correspondería una pena de suspensión superior a tres meses (art. 120, inc. a), ley 404) puesto que, en tal supuesto, el único recurso de apelación posible sería el recurso extraordinario federal ante la CSJN, de carácter extremadamente limitado.

La convención citada se refiere, textualmente, a la pena estatal —incluso puede discutirse su nivel— y al procedimiento de persecución penal, con lo cual, *no* abarca a los procesos disciplinarios de una profesión. No constituye una cuestión pacífica aquella referida a si la garantía local de la *doble instancia*, prevista en nuestra CCBA, 13, inc. 2º, se proyecta solamente al proceso penal o alcanza, por lo contrario, todo tipo de procesos. Empero, se debe señalar, cualquiera que fuera la posición personal respecto del punto anterior, que el procedimiento previsto para el control de las determinaciones del Colegio de Escribanos no difiere sustancialmente en los supuestos de faltas menores y de faltas graves, y ambos implican, incluso semánticamente, una *segunda instancia*. Aunque en un caso sea menester aludir a una *acusación* para un litigio ante el TSJ y en otro al *recurso contra una sentencia*, lo cierto es que la diferencia entre ambas nociones es, si se quiere extremar la cuestión, tan sólo semántica. En ambos supuestos y casos concurren dos actos volitivos que comportan dos controles; específicamente: el Colegio expresa primero su voluntad, *acusatoria* o en forma de *decisión*, conforme a aquello que previamente ha averiguado, y el Tribunal controla si esa *acusación* o esa *decisión* resultan correctas. Por lo demás, tanto el *recurso* contra la sentencia, como el *litigio* contra la acusación, suponen derechos idénticos a la defensa, dado que el procedimiento es esencialmente registrado o escrito en actas. Por lo tanto, el argumento subsidiario bajo análisis carece de suficiente entidad: en ambos casos considerados (acusación o sentencia), el notario sancionado dispone de dos oportunidades para ser oído y para verificar su inocencia o la justificación de un reproche menor; el papel del Tribunal en uno y otro caso resulta, además, sustancialmente similar.

VI. *Decisión*

Con estos argumentos voto por:

1. Determinar las inconstitucionalidades requeridas por la actora y privar de efectos a los arts. 8º, inc. a) —y, en consecuencia, de su reglamentación prevista en el art. 2º, inc. a), del dec. regl. 1624/00— y 172, de la ley 404, si no opera la acción legislativa prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA; e
2. Imponer las costas en el orden causado (art. 25, ley 402).

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la demanda de inconstitucionalidad planteada a fs. 21/47 por la Asociación de Derechos Civiles contra el GCBA.

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

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